Ueber die Wirksamkeit tarifwidriger Arbeitsverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Heinrich Oehlckers,
Referendar zu Bremen.

Stuttgart
Verlag von J. Hess
1914.

Ueber die Wirksamkeit tarifwidriger Arbeitsverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Heinrich Oehlckers,
Referendar zu Bremen.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Stuttgart
Verlag von J. Hess
1914.

Inhalt.

Seite

Einleitung 5

§ 1. Bedeutung der Tarifverträge im allgemeinen 5

§ 2. Der Sinn unseres Themas 6

1. Welche Antworten sind denkbar?

2. Welche rechtlich geschützten Interessen widerstreiten dem Abschluss tarifwidriger Arbeitsverträge?

Exkurs: Ueberblick über die Vertretungs-, Verbands- und kombinierte Theorie 8

A. Nach geltendem Recht 10

I. Abschnitt:

„Das Problem, einen zunehmenden mechanischen Zwang und eine scharfe Unterordnung zu verbinden mit größerer persönlicher Freiheit ist es, was den springenden Punkt in der Verfassung unserer heutigen Großindustrie ausmacht."

Gustav Schmoller,
Ueber Wesen und Verfassung der großen Unternehmungen.
(Zur Sozial- und Gewerbepolitik der Gegenwart, S. 380.)

II. Abschnitt:

Die Auffassung: tarifwidrig = sittenwidrig.

§ 6. In theoretischer Betrachtung 24

§ 7. In der Rechtsprechung 29

III. Abschnitt:

Aus der Lehre von der obligatorischen Funktion des Tarifvertrages.

§ 8. Einleitung 29

§ 9. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens 31

§ 10. Einwände gegen die Rechtsgültigkeit dieser Pflicht 33

§ 11. Die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht 35

1. Anspruch auf Erfüllung der Unterlassungspflicht

2. Anspruch auf Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen

3. Schadenersatzanspruch

4. Rücktrittsrecht

5. Einrede des nichterfüllten Vertrags

B. De lege ferenda 39

§ 12. Ueberblick über das ausländische Recht 39

§ 13. Grundsätze für eine gesetzliche Regelung 41

§ 14. Gesetzgeberische Vorschläge 48

(In kurzer Zusammenfassung wiederholt)

Literatur 50

Einleitung.

§ 1.

Bedeutung der Tarifverträge im allgemeinen.

Die ständige Konzentration der Betriebe bringt es mit sich, daß jährlich wachsende Millionen von Staatsbürgern ihren Lebensunterhalt durch Arbeit im Dienste Anderer verdienen müssen, ohne Aussicht, jemals selbständig zu werden.[1]) Dieser Arbeitsvertrag, der ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, in dem menschliche Arbeit gegen Entgelt versprochen wird (Lotmar), ist vom positiven Recht nicht seiner tatsächlichen Bedeutung entsprechend geregelt worden. Der Gesetzgeber wird sich demnach, wenn er mit der fortschreitenden Zeit Schritt halten will, in Zukunft vor die Aufgabe gestellt sehen, hier einzugreifen.[2])

Einen Ausgangspunkt für die gesetzgeberische Behandlung des Arbeitsvertrags bilden die im modernen Verkehrsleben jährlich nach Tausenden[3]) zählenden Tarifverträge, aus denen die Arbeitsverträge einen großen Teil ihres Inhalts übernehmen.

Der Tarifvertrag selbst ist kein Arbeitsvertrag, denn in ihm wird weder Arbeit noch Lohn versprochen, sondern er hat nur die Regelung k ü n f t i g einzugehender Arbeitsverträge zum Ziel. Der Tarifvertrag ist, um eine genaue Begriffsbestimmung zu geben, ein Vertrag, der von einem Arbeitgeber oder in den wichtigeren Fällen von einer Arbeitgeberorganisation mit einer Anzahl koalierter Arbeitnehmer im Hinblick auf künftige Einzelarbeitsverträge über die Bedingungen geschlossen wird, unter denen von beiden Seiten Friede gehalten werden soll.

Da sich der gesetzlich noch ungeregelte Tarifvertrag nicht unter den Begriff irgend eines zivilrechtlichen Instituts bringen läßt[4]), ist er als ein Vertrag sui generis anzusehen, auf den die allgemeinen Vertragsvorschriften Anwendung zu finden haben. Die früher nur ganz vereinzelt aufgetauchte Ansicht[5]), daß nach geltendem Recht der Tarifvertrag überhaupt keine bestimmte Rechtswirkung erzeugt, ist heute ein überwundener

---

[1]) So auch Friedrich N a u m a n n: „Der kombinierte Betrieb ist die Losung der kommenden Generation“. . . . „Noch nie gab es eine so große Menge abhängiger Leute“; Neudeutsche Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 36. Vgl. dazu die Schätzung bei S o m b a r t, Das Proletariat, S. 7; ferner P o t t h o f f, Probleme des Arbeitsrechts S. 6 u. 55.

[2]) Mit der Forderung eines einheitlichen Arbeitsrechtes befassen sich besonders die Werke von P o t t h o f f, ferner S i n z h e i m e r, Grundgedanke und Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. 1914.

[3]) Während der T.-V. vor reichlich 15 Jahren noch so gut wie unbekannt war, waren nach einer Angabe des RABl. (Januar 1914, S. 62) Ende des Jahres 1912: 1 574 285 Personen in 159 930 Betrieben durch 10 739 Tarifgemeinschaften gebunden.

[4]) Ueber seine Abgrenzung vom Arbeitsvertrag, Vorvertrag, Arbeitsordnung, Vergleich und Koalition vgl. L o t m a r, Arbeitsvertrag I, S. 768 ff.

[5]) Siehe z. B. Urteil des Schöffengerichts Hannover. Soz. Prax. 18, S. 848.

Standpunkt. Denn es ist jetzt allgemein anerkannt, daß das ganze Verhalten der Tarifparteien dahin geht, das früher in dieser Hinsicht herrschende Faustrecht abzuschaffen und nunmehr ihre etwaigen Streitfälle auf dem Rechtswege zum Austrag zu bringen, also ein iuris viculum im Sinne des § 241 BGB. zu begründen[1]) und nicht nur einen bloßen sozialen Zustand.

Während die ökonomische Bedeutung der Tarifverträge hauptsächlich in den 90er Jahren im Anschluß an Brentanos Studien über die britische Arbeiterbewegung erkannt wurde, beginnt ihrer juristischen Seite erst seit ungefähr 10 Jahren ein wissenschaftliches Studium zuteil zu werden. Hierbei ergeben sich eine Fülle von Spezialfragen, deren baldige glückliche Lösung die Unsicherheit, die auf dem Gebiete des Tarifvertragswesens herrscht, zu beseitigen hat.

Den Gegenstand vorliegender Untersuchung bildet die bisher noch nicht monographisch behandelte Spezialfrage von praktischer Bedeutung, wie es mit der zivilrechtlichen Wirksamkeit solcher Arbeitsverträge beschaffen ist, deren Inhalt dem Tarifvertrag [2]) zuwiderläuft.

§ 2.

Der Sinn unseres Themas.

1. Welche Antworten sind denkbar?

Der ganze innere Daseinszweck des Tarifvertrags drängt zur Allgemeingeltung, also zur Rechtswirksamkeit für das ganze Gewerbe.[3]) Ein Tarifvertrag, der nur einer kleinen Gruppe von Unternehmern rechtliche Schranken auferlegen würde, hätte seinen Zweck verfehlt; er würde ihr, wie Zimmermann sich einmal ausdrückte, ein privilegium odiosum verleihen und ihrer an einem solchen Vertrage nicht beteiligten Konkurrenz einen großen Vorsprung.

Welche Rechtsfolgen sind nun festzustellen, wenn sich ein Tarif-Vertragskontrahent über diese Schranken hinwegsetzt und eigenmächtig einen Arbeitsvertrag unterhalb der im Tarifvertrag normierten Arbeitsbedingungen abschließt?

Rechtfertigt sich nach geltendem Recht die in einer absoluten Gebundenheit der Parteien an ihren Tarifvertrag liegende Beschränkung der Vertragsfreiheit? Mit anderen Worten: treten, selbst wenn die Paciscenten sich bewußt in Widerspruch zu dem Tarifvertrag gestellt haben, trotzdem

---

[1]) Siehe z. B. Lotmar, A.V., S. 775. Rundstein, Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft, S. 47.

[2]) Da der T.-V. nicht begriffsnotwendig einen Lohntarif zum Inhalt zu haben braucht, schlägt Sinzheimer als treffenderen Namen „Arbeitsnormenvertrag" vor.

[3]) Ueber diesen Expansionsdrang schrieb die Soz. Prax. 22, S. 945: „Es ist im Tarifvertragswesen eine gesunde Tendenz wirksam, gewisse Entwicklungsprodukte der kollektiven Arbeitsregelung allmählich zu festen Bestandteilen eines ungeschriebenen Arbeitsgesetzes zu machen, denen in der Auffassung der beteiligten Kreise eine höhere Bedeutung zukommt, als den oft unzulänglichen und veralteten Weisungen des geschriebenen Arbeitsrechts im BGB. und der GewO." — Im selben Sinne äußerte sich der jetzige Staatsminister Delbrück bei der Beratung des Hausarbeitsgesetzes, daß der größte Wert des T.-V. für ihn darin liege, „daß wir in der Lage sind, im Wege der T.-V. eine Reihe von Fragen nützlicher und zweckmäßiger zu regeln, als es durch Reichsgesetze, wie wir das jetzt zu tun gewohnt sind, geschehen kann". Verhandlg. d. deutschen Juristentags 1910, Bd. 259, S. 311.

automatisch die in ihm vorgesehenen Normen in Kraft? (§§ 3—5 dieser Abhandlung).

Ist, falls wir zur Ablehnung dieser Theorie kommen, nach geltendem Recht die Auffassung möglich, daß der Bruch eines Tarifvertrags in der Regel als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen, also der normwidrige Arbeitsvertrag nichtig ist? (§§ 6—7.)

Oder endlich ist diejenige Auffassung richtig, welche, basierend auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, den tarifwidrigen Arbeitsvertrag giltig zur Entstehung kommen läßt und dann auf Grund der sog. „obligatorischen Funktion" gegen den Tarifbrecher eine Reihe von Rechtsansprüchen gibt? (§§ 8—11.)

2. Welche rechtlich geschützten Interessen widerstreben dem Abschluß tarifwidriger Arbeitsverträge?

Bevor wir uns an ein so urwüchsiges, vom positiven Recht noch unberührtes Gebiet wie den Tarifvertrag wenden, müssen wir uns zunächst an Hand ökonomischer Erwägungen vor Augen führen, auf welchem Boden dies Institut gewachsen ist, was die Beteiligten mit der Vereinbarung eines derartigen Vertrages bezwecken.

Die Unternehmer sind für die Vertragsdauer durch die Festlegung der Arbeiter auf die Vertragsbedingungen sicher vor Mehrforderungen und Streiks; sie finden ferner in den im Tarifvertrag mit gewisser Stetigkeit festgesetzten Lohn- und Arbeitsbedingungen einen wertvollen Anhaltspunkt für die Aufstellung von Kalkulationen. Desgleichen werden die Unternehmer durch den Tarifvertrag insofern vor einer Schleuderkonkurrenz bewahrt, als die Konkurrenz keine Arbeiter zu unvorteilhafteren, als den im Tarifvertrag festgesetzten, Bedingungen anstellen darf.[1])[2]) Uebrigens zeigt diese durch den Tarifvertrag erfolgende gemeinschaft-

---

[1]) Während z. B. der Verein deutscher Werkzeugmaschinenfabriken in einer Eingabe an das Reichsamt des Innern (Soz. Prax. 8, S. 934) befürchtete, durch den T.-V. werde das Selbstbestimmungsrecht des Fabrikeigentümers schwer beeinträchtigt (widerlegt durch Lotmar, T.-V. zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Brauns Arch. XV, S. 34), überzeugen sich jetzt die Unternehmerkreise, neuerdings auch unsere deutsche Großindustrie, mehr und mehr von den obenerwähnten Vorteilen. Vgl. Aufsatz von Zimmermann im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften. 3. Aufl. VII, S. 1107 ff., bes. S. 1110: „Die strittige Frage nach der Möglichkeit des T.-V. für die Großindustrie ist durch die Praxis für viele Zweige der Metallindustrie, der Elektrotechnik . . . auch in Deutschland bejaht." Wir müssen jedoch betonen, daß in diesen Branchen der persönliche Geltungsbereich der T.-V. vorläufig noch einen sehr bescheidenen Umfang hat. — Reg.-Rat Fr. Selter (Ueber die Einführung von T.-V. in den Großbetrieben des Maschinenbaues und verwandter Industrien. Berlin 1911) erklärt die T.-V. für unvereinbar mit der Großindustrie, berücksichtigt aber nicht gebührend die von Potthoff, a. a. O., S. 63, angeführten Momente der „Menschenökonomie". — Uebrigens hat in England der T.-V. seinen Schwerpunkt gerade in der Großindustrie; siehe Leo, in den Blättern für vergleichende Rechtswissenschaft, II, S. 433 ff.

[2]) Der Engländer T. S. Cree beurteilt in seinem Werk: „Der kollektive Arbeitsvertrag", Berlin 1904, das ganze Tarifvertragsproblem vom Standpunkt des Unternehmers aus nach den Gedanken der alten Manchesterschule. Auf diesen Schriftsteller haben zum großen Teil die Geschäftsführer der Arbeitgeberverbände, von diesen mit der Bearbeitung dieser Fragen betraut, zurückgegriffen, ohne aber eigentlich neue bedeutungsvolle Momente in die Debatte hineingetragen zu haben. Der Staat hat aus seinen wehrfähigkeits- und bevölkerungspolitischen Interessen heraus allen Grund, sich gegen diese Lehre zu verwahren, da sie insofern verwerflich ist, als sie keinen ökonomischen Unterschied anerkennt zwischen der Ware „menschliche Arbeitskraft" und denübrigen Waren.

liche Regelung der Arbeitsbedingungen, vor allem eines der wichtigsten Produktionsfaktoren, nämlich des Arbeitslohns, die nahe Verwandtschaft dieser Vertragsart mit den Kartells, die eine gemeinsame Regelung der Produktion zum Ziele haben.

Für den Arbeitnehmer liegt der nicht zu unterschätzende Wert der Tarifverträge darin, daß er, gestützt auf sie, einen besseren Vertragsinhalt erhält, als wenn er in unserm Zeitalter des Kapitalismus als einzelner Vertragsgegner dem übermächtigen Unternehmer entgegenträte. „An Stelle des Arbeitgeberwillens tritt der Vertrag, an Stelle des Absolutismus die Verfassung.[1]) Der Arbeiter kann unter keinen Umständen ohne seine Zustimmung vom Arbeitgeber unter die Tarifnormen herabgedrückt werden. Die Gesamtheit der ihm im Tarifvertrag zugesicherten Bedingungen bedeutet also für manchen Arbeiter, dessen Lohn gerade zur Unterhaltung seiner Familie ausreicht und die Zurücklegung von Ersparnissen nicht zuläßt, gewissermaßen eine Art von „Minimumgarantiefonds“[2]), den ihm kein Unternehmer und keiner seiner arbeitslosen Kollegen angreifen kann. Ohne den Tarifvertrag würde der einzelne Arbeitnehmer in seinen Arbeitsbedingungen schwerlich über den durch Angebot und Nachfrage bestimmten „natürlichen Preis“ der Arbeit hinauskommen.

Auch der Staat hat ein eminentes Interesse an dem Ausbau eines normalen Tarifvertragswesens. Wenn die Arbeiter, auf deren Schultern zu einem großen Teil Deutschlands Weltstellung ruht, an Hand der Tarifverträge ein mittelbares Selbstbestimmungsrecht über die Arbeitsbedingungen erhalten, so entfällt damit ein — wenn auch erst kleiner — Teil der Gründe für ihre Unzufriedenheit. Langwierige Lohnkämpfe, welche oft eine empfindliche Störung für die öffentliche Ordnung und durch die Vergrößerung der Arbeitslosigkeit und damit der Armenlasten eine schwere Schädigung für die gesamte Volkswirtschaft bedeuten, können durch Tarifverträge beigelegt oder hintangehalten werden.[3])

Es sprechen also für eine normale tarifmäßige Regelung des modernen Verkehrslebens die verschiedensten Interessen, für die ein jeder tarifwidrige Arbeitsvertrag eine schwere Einbuße bedeuten kann.

Exkurs: Ueberblick über die Vertretungs-, Verbands- und kombinierte Theorie.

Gegen wen kann dann im Falle eines tarifwidrigen Arbeitsvertrages rechtlich vorgegangen werden? Diese Frage führt uns mitten hinein in ein mit unserem Thema eng zusammenhängendes Problem des Tarifver-

[1]) Potthoff, a. a. O., S. 141. — Zu welchen Befürchtungen diese doch sicherlich wünschenswerte Entwicklungstendenz bei manchen unternehmerfreundlichen Schriftstellern Anlaß gibt, zeigen folgende, anscheinend von einem voreingenommenen Standpunkt diktierten, Ausführungen bei T. S. Cree, a. a. O., S. 8: „Der Tarifvertrag führt zu Tyrannei und Gewalt, zu Verstimmung und Bitterkeit zwischen Unternehmern und Arbeitern . . .; er verringert das Produkt . . . durch den Verlust an Zeit durch Ausstände und Aussperrungen“. Diese Worte stehen in striktem Widerspruch zu den Erfahrungen der Praxis, z. B. auch zu den Ergebnissen der Enquête der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin im Jahre 1907 (Berlin, Pass und Garleb, 1908).

[2]) Um einen von Staudinger für das Grundkapital der Aktiengesellschaft geprägten Ausdruck zu entlehnen.

[3]) So weist der Ueberblick des RABl. über den Arbeitsmarkt des Jahres 1913 eine ruhigere Struktur gegenüber 1912 auf, eine Erscheinung, die in engem Zusammenhang steht mit der wachsenden Zahl der T.-V.: Im Jahre 1913 wurden 2127 Streiks (1912: 2510) in 8722 (7255) Betrieben mit 572 796 (887 041) Arbeitern zu Ende geführt.

tragsrechts, nämlich die lebhaft umstrittene Frage, wer nach geltendem Recht als Subjekt der aus dem Tarifvertrag entspringenden Rechte und Pflichten anzusehen ist.

Es stehen sich hier drei Theorien[1]) gegenüber:

1. die Vertretungs- oder Singulartheorie; nach ihr vertritt der Verein seine Mitglieder, so daß diese letzteren allein berechtigt und verpflichtet werden.
2. die Verbands- oder Solidartheorie, nach welcher der Verein den Tarifvertrag im eigenen Namen schließt, also selbst Partei ist.
3. die kombinierte oder Kumulationstheorie; diese will sowohl den Verein als auch seine Mitglieder als berechtigte und verpflichtete Tarifvertragsparteien gelten lassen.

Der Vertretungstheorie,[2]) die z. B. von Baum und Schalhorn vertreten wird, müssen wir den Vorwurf machen, daß sie den solidarischen Geist des Tarifvertrags nicht zum Ausdruck bringt, insofern als sie den Verband außerhalb ihrer juristischen Konstruktion stellt.

Die Verbandstheorie zeichnet sich dadurch aus, daß sie die rechtliche Stellung der Vereinsmitglieder direkt nicht betrifft.[3]) Ihr ist infolgedessen vor allem vorzuwerfen, daß die Mitglieder sich mangels einer unmittelbaren Verpflichtung aus dem Tarifvertrag durch jederzeitigen Austritt aus ihrer Vereinigung freimachen können — im ausgesprochenen Widerspruch zum Zweck des Tarifvertrags, der sie selbst nach ihrem Austritt noch an seine Bestimmungen gebunden wissen will.

So sehr diese Theorie demnach auch in Widerspruch steht zu dem ganzen Wesen des Tarifvertrags, so müssen wir uns doch nach geltendem Recht zu ihr bekennen.[4]) Denn da die individualistische Vertragsauffassung unseres geltenden Rechts nur Rechtsbeziehungen unter den einzelnen Parteien kennt, sind auch die Tarifbestimmungen nur verpflichtend zwischen den Tarifvertragskontrahenten, z. B. der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerorganisation, nicht aber zwischen den einzelnen Unternehmern und den einzelnen Arbeitern, als Parteien des Arbeitsvertrags.

Die kombinierte Theorie, welche die in der Vertretungs- und Verbandstheorie vorhandenen Auffassungen in einem Vertrag kumuliert, ist besonders von Rundstein[5]) zum ersten Male eingehend untersucht worden.[6])

In der Praxis ist jede dieser drei Formen möglich. Die verschiedenen

---

[1]) Z. B. untersucht von Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, S. 63 ff, und ders. Tarifgesetz 1913, S. 13 ff.

[2]) Z. B. R.A.Bl. I, S. 217/218, bes. § 13.

[3]) Vgl. z. B. den in R.A.Bl. II, S. 837/38 § 11 angeführten T.-V. — Ihre erste systematische Argumentation fand diese Theorie auf dem Verbandstag der deutschen Gewerbegerichte zu Würzburg im Jahre 1905; siehe Sinzheimers Vorbericht hierzu in G.G. X, S. 374 ff.

[4]) So auch z. B. Oertmann, Soz. Prax. 16, S. 174; Prenner, volkswirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der T.-V., Seufferts Bl. 72, S. 185; Rosner a. a. O. S. 5; v. Schulz; Sinzheimer, Tarifgesetz 1913, S. 17.

[5]) R.-Wiss. S. 108 ff.; ferner Aufsatz in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht 67, S. 474 ff.

[6]) Enneccerus (Lehrbuch des bürgerl. R., 8. Aufl. I. 2, S. 409, Anm. 26) will im Zweifel den T.-V. in Einklang mit der kombinierten Theorie ausgelegt wissen, da diese dem Wesen des T.-V. am vollständigsten gerecht werde. Ferner Lotmar, A.V. I., S. 796 ff., sowie Schall, Wölbling, Archiv a. a. O. S. 484, Zimmermann u. a. — Die kumulative Verpflichtung ist z. B. ausgesprochen im Garantievertrag der Buchdrucker, abgedruckt im R.A.Bl. IV, S. 939 ff., § 5.

Tarifverträge sprechen manchmal ausdrücklich aus, daß die kontrahierenden Verbände sich selbst und gleichzeitig ihre Mitglieder aus dem Tarifvertrag berechtigt und verpflichtet wissen wollen, ebenso wie sie die Berechtigung und Verpflichtung des Verbandes allein oder nur der Mitglieder vereinbaren könnten. Der Streit dreht sich also nicht darum, welche Form als die allein zulässige anzusehen ist, sondern darum, welche platzzugreifen hat, wenn, was sehr häufig der Fall ist, die Aufzeichnungen der Parteien nicht erkennen lassen, wie sie sich die Berechtigung und Verpflichtung gedacht haben.

Grundsätzlich sind nur solche Unternehmer dem Tarifvertrag unterworfen, die nach Vertragsgrundsätzen durch den Tarifvertrag verpflichtet sind; wer dies ist, kann, wie unsere vorstehenden Ausführungen zeigen, unter Umständen schwierig festzustellen sein. Ferner werden in zahlreichen Fällen die außerhalb des Vertragsbereiches stehenden Unternehmer auf Grund der sog. „Fernwirkung“[1]) des Tarifvertrags, d. h. der Feststellung eines allgemeinen Ortsgebrauchs, an ihn gebunden.

Den persönlichen Geltungsbereich[2]) der Tarifverträge auf Arbeiterseite pflegen Theorie und Judikatur ebenfalls weiter zu erstrecken; hiernach unterliegen dem Tarifvertrag nicht nur die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeiter, deren Verbände mit dem Unternehmer den Tarifvertrag vereinbart haben, sondern auch solche Arbeiter, die nicht Mitglieder dieser Organisation sind. Voraussetzung aber dafür, daß der Tarifvertrag auch auf solche „vertragsfremde“ Arbeiter Anwendung finde, ist, daß sie trotz Kenntnis des Tarifvertrags keine abweichenden Sondervereinbarungen getroffen haben.

Die Frage, wie sich nun die Rechtsordnung gegenüber einem tarifwidrigen Arbeitsvertrag verhält, bildet den Gegenstand folgender Untersuchung.

A. Nach geltendem Recht.

I. Abschnitt.

Lotmars Theorie von der Unabdingbarkeit.

§ 3.

Referat über Lotmars Beweisführung.

Die älteste Theorie über die Wirksamkeit tarifwidriger Arbeitsverträge stammt von Lotmar, dem gründlichsten Forscher auf dem Gebiete des Tarifvertrags; er vertritt den Grundsatz der sog. Unabdingbarkeit. Nach ihm gilt, selbst wenn die Parteien ausdrücklich Gegenteiliges vereinbart haben, für jeden im räumlichen und zeitlichen Gebiet der Normgeltung abgeschlossenen Arbeitsvertrag automatisch der Tarifinhalt. Lotmar braucht also, um diese „normative Funktion“[3]) der Tarifverträge durchzu-

---

[1]) Ueber diese Frage der Fernwirkung liegt eine umfassende Judikatur vor; z. B.: G.G. IX S. 192. XI, 383. XIII, 165 ff. 209 ff. XIV, 9, 191 ff. 361. XV, 54, Soz. Prax. XX, 1565. XXII, 1098. E.A. I, S. 75.

[2]) Hierzu vgl. Sinzheimer, Tarifgesetz 1913, S. 13 ff.

[3]) Ausdruck von Sinzheimer, a. a. O., S. 4, der die Auffassung von dieser

setzen, nicht erst mit gesetzgeberischen Anträgen aufzutreten, sondern nach seiner Auffassung reicht unsere heutige Privatrechtsordnung[1]) schon vollkommen dazu aus, diese erstrebte weitgehende Wirksamkeit der Tarifverträge zu erklären. Dieser Standpunkt wurde besonders von Sozialpolitikern,[2]) den Gewerkschaftsführern und den tariffreundlichen Arbeitgebern als praktisch begrüßt.

Schon hier sei bemerkt, daß nach Lotmar der Tarifvertrag auf Arbeitsverträge mit Außenseitern nur Anwendung finden soll, wenn dies im Willen der Parteien des Arbeitsvertrags liegt, da niemand ohne eigenes Zutun in den Bereich eines Tarifvertrags gelangen könne.[3]) Hiernach legt Lotmar selbst der Forderung der Unabdingbarkeit schon eine erhebliche Schranke auf.

Bei der juristischen Begründung seiner Theorie geht Lotmar von der Frage aus: Was wollen die Parteien durch den Tarifvertrag erreichen? und unterscheidet dabei dreierlei Tendenzen:

1. Die Parteien wollen durch den Tarifvertrag die Abschließung von Arbeitsverträgen erleichtern. Der Tarifvertrag soll mit andern Worten „ergänzend" sein für die Arbeitsverträge in dem Sinne, daß die Parteien die Tarifnormen nicht ausdrücklich zu verlautbaren brauchen, damit sie Inhalt des Arbeitsvertrags werden.
2. Durch Ausgleichung der Arbeitsverhältnisse soll der Tarifvertrag die Nachteile der Konkurrenz verringern.
3. Die Urheber der Tarifverträge beabsichtigen den Arbeitsverhältnissen eine gewisse Stetigkeit zu verleihen.

Nach den beiden letzten Intentionen, wonach der Tarifvertrag nach dem Willen der Parteien „maßgebend" sein soll für alle Arbeitsverhältnisse, die in seinem Bereich geschlossen werden, versprechen die Parteien, tarifwidrige Arbeitsverträge nicht abzuschließen.[4])

Der ganze Aufwand an peinlich genauer Sorgfalt bei der Aufstellung der Tarifverträge läßt wohl darauf schließen, daß die Kontrahenten nach Möglichkeit tarifwidrige Arbeitsverträge überhaupt gänzlich ausschließen wollen. Es ist doch ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, bei solchen Verträgen, die positivrechtlich noch nicht geregelt sind, nach dem Willen der Parteien zu forschen und ihm zur Rechtswirksamkeit zu verhelfen, soweit nicht allgemeine Rechtshindernisse entgegenstehen.

Von diesem Gedanken aus verlangt Lotmar, daß tarifwidrige Arbeitsverträge automatisch als tarifgemäß geschlossen behandelt werden sollen. „Gegenüber dem kollektiven, im Tarifvertrag fixierten Willen ist daher der im Arbeitsvertrag geäußerte individuelle nicht bloß überflüssig, sondern

---

Funktion rechtlich stützt auf § 157 B.G.B., wonach man im allgemeinen, wenn Arbeiter und Arbeitgeber im Geltungsbereich des T.-V. einen Arbeitsvertrag abschließen, annehmen dürfe, daß sie die Tarifnormen zum Inhalt ihrer Arbeitsverträge gemacht haben.

[1]) Die Auffassung von dem überwiegend privatrechtlichen Charakter des T.-V. ist in der deutschen Literatur bis auf Poetzsch (Ist es möglich, den T.-V. als privatrechtliches Institut zu erklären? 1907) unwidersprochen; z. B. Baum in Gruchots Beitr., Bd. 49, S. 275.

[2]) Z. B. Potthoff, a. a. O., S. 142. v. Zwiedineck-Südenhorst: Sozialpolitik. S. 228.

[3]) Lotmar, A.V., S. 795.

[4]) Vgl. Ziegler, Wesen und Wert kleinindustrieller Arbeit, Anlage S. 74, T.-V. der Parkettleger in Basel 1900: „Gegenwärtiger Tarif ist für alle Arbeiten maßgebend, und dürfen keine entgegengesetzten Vereinbarungen getroffen werden."

auch ohnmächtig." „Die abweichende Abrede ist nicht eigentlich nichtig und darum nicht der Vertrag als teilweise nichtig zu betrachten, sondern es findet die individuelle Abrede, soweit die generelle reicht, keinen Raum, sodaß nicht erst noch ihre Gültigkeit zu prüfen ist."[1]) Hier wird also nichts geringeres gefordert, als den Inhalt des Tarifvertrags zum ius cogens zu erheben.

Eine durch das geltende Recht gebotene Ausnahme macht Lotmar im Hinblick auf § 134c Abs. I, Gew.O. nur hinsichtlich der Arbeitsordnung; diese kann seiner Ansicht nach, sofern sie nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt, den Inhalt des Tarifvertrags derogieren.

Die erwähnte durchgreifende Rechtswirkung des Tarifvertrags verteidigt Lotmar folgendermaßen gegenüber der gegnerischen Auffassung von dem suppletorischen Charakter des Tarifvertrags, wonach letzterer als lex contractus nur mangels entgegenstehender Vereinbarungen gelten soll:

I. Der Einzelne, der sich am Tarifvertrag beteiligt, verspricht nicht nur, den Abschluß tarifwidriger Arbeitsverträge zu unterlassen, sondern er v e r z i c h t e t sogar auf die rechtliche Verfügungsfähigkeit hinsichtlich des Abschlusses von Arbeitsverträgen. Hierin erblicken Lotmars Gegner einen schweren Verstoß gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit, ein Vorwurf, gegen den Lotmar sich folgendermaßen zu verteidigen sucht:

Der als Argument gegen die Unabdingbarkeit vorgebrachte, aus dem römischen Recht übernommene Grundsatz, daß jedermann von einer sich selbst auferlegten Norm, also hier von seiner Unterwerfung unter die Tarifbedingungen, zurücktreten kann, [2]) besagt nichts gegen die absolute Wirkung der Tarifverträge; denn dieser Grundsatz ist nicht heilig und unverletzlich, sondern läßt Ausnahmen zu (als Parallele zu dieser Beschränkung der Vertragsfreiheit zitiert Lotmar den bindenden Verzicht auf den Widerruf einer Vollmacht, § 168 BGB., sowie das pactum de non cedendo des § 399 BGB.[3]) Lotmar betrachtet den vorliegenden Fall als eine solche Ausnahme, indem er diese römische Rechtsparömie anscheinend für unfähig hält, ein solches, erst dem modernsten Verkehrsleben bekanntes Rechtsinstitut wie den Tarifvertrag umfassen zu können. Das ganze Wesen des Tarifvertrags wird nach Lotmar preisgegeben, wenn man zulassen würde, daß er durch individuelle Vertragsschließung derogiert werden könnte.

II. Aber — so lautet das zweite Argument, das Lotmars Gegner vorbringen — die Kontrahenten, die einem Arbeitsvertrag einen tarifwidrigen Inhalt geben, heben damit doch nur contrario consensu eine Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit auf, die sie sich s e l b s t durch Beteiligung am Tarifvertrag auferlegt haben. Diese Auffassung versucht Lotmar als falsch zu widerlegen: „Die Parteien des Arbeitsvertrags und die Parteien des Tarifvertrags sind nicht identisch: der Arbeitsvertrag wird mit e i n e m Arbeitnehmer, der Tarifvertrag mit einer Mehrheit solcher geschlossen. Ebenso kann die Arbeitgeberpartei beim Tarifvertrag eine Mehrheit sein, während sie beim Arbeitsvertrag ein einzelner ist. Die Schranke der Vertragsfreiheit, welche der Tarifvertrag setzt, ist von einer Mehrheit zusammen errichtet worden: es wäre widerspruchsvoll, wenn die Zustimmung eines

[1]) L o t m a r , A.V. S. 780 ff.

[2]) Nemo eam sibi legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat 22. p. D. 32.

[3]) „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn . . . . die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist."

einzelnen aus dieser Mehrheit zur Wiederherstellung der Vertragsfreiheit hinreichen würde."[1])

Mit anderen Worten: Nach Lotmar können die durch den Tarifvertrag begründeten Rechte und Pflichten, bestehend in dem Anspruch auf Unterlassung tarifwidriger Arbeitsverträge, durch das Sonderabkommen eines einzelnen der Tarifkontrahenten nicht aufgegeben werden.

III. Als angeblich zwingendes Analogon zur absoluten Verbindlichkeit der Tarifverträge führt Lotmar[2]) die „durchgreifende" Rechtswirkung der obligatorischen Arbeitsordnung an; nach seiner Auffassung können im Bereich einer Arbeitsordnung mit den von ihr betroffenen Arbeitern keine abweichenden Arbeitsverträge geschlossen werden. Lotmar erkennt in diesem von ihm näher ausgeführten Satz den Ausfluß eines Prinzips, das, ursprünglich nur auf die Arbeitsordnung gemünzt, kraft zwingender Analogie auch auf Tarifverträge anzuwenden sei.

„Hat das Gesetz der Arbeitsordung eine Aufgabe gestellt, zu deren Erfüllung sie der durchgreifenden Rechtswirkung bedarf, so ist dem Tarifvertrag wegen der Aehnlichkeit seiner Aufgaben die nämliche Wirkung nicht zu versagen."

Zur Begründung dieser Auffassung darf wohl verwiesen werden auf die eingehenden Ausführungen Lotmars.

Nach dieser Theorie kann also nach Abschluß tarifwidriger Arbeitsverträge, die nach Lotmar „ohnmächtig" sind, direkt auf Erfüllung der tarifvertragsmäßigen Arbeitsverträge geklagt werden. Zweifelsohne der einfachste Weg zur Erreichung der Tarifzwecke, — wenn die Rechtsordnung sich Lotmars Ausführungen anschließen kann. Und die Frage, ob dies möglich ist, soll uns im folgenden beschäftigen.

§ 4.

Kritische Würdigung der Lotmar'schen Theorie.

I. Zunächst fordert Lotmars Argument, daß der Einzelne durch Beteiligung am Tarifvertrag Verzicht geleistet habe auf die Verfügung über seine Arbeitskraft, zum Widerspruch heraus.[3]) Ein Verzicht auf die Arbeitskraft, juristisch ausgedrückt: ein Verzicht auf die Verfügungsfähigkeit, liegt gar nicht in der Absicht der Parteien.[4]) Er würde auch unter Umständen sogar ganz unheilvolle Konsequenzen nach sich ziehen; besonders bei fallender Konjunktur würde eine derartige tiefschneidende Bindung seiner Verfügungsfreiheit einen sehr schweren Hemmschuh bedeuten können für die Ernährungsmöglichkeit des Arbeitnehmers.

Der Tarifvertrag legt den Parteien die Pflicht auf, tarifwidrige Arbeitsverträge nicht abzuschließen, und gibt ihnen andrerseits gewisse Rechte. Die Parteien, die einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag abschließen, ignorieren ihre Tarifrechte und verletzen auf der anderen Seite ihre Tarifpflicht, nach der sie nur tarifmäßige Arbeitsverträge abschließen sollen. Sie können jedoch tarifwidrige Arbeitsverträge abschließen, müssen

---

[1]) Lotmar, A.V., S. 782 ff.

[2]) Ebenda.

[3]) Dieser Paragraph folgt teilweise in seinen Grundzügen den trefflichen Ausführungen Wölblings, Akkordvertrag und Tarifvertrag, S. 388 ff.

[4]) Landmann-Rohmer, Komm. Gew.O. 6. Aufl. § 105. 3. i., erklärt die Annahme eines solchen Verzichts für willkürlich und nur in ganz besonderen Fällen für zutreffend.

dann aber eine rechtliche Reaktion gegen ihr pflichtwidriges Verhalten gewärtigen. Diese Möglichkeit, beliebige Arbeitsverträge mit ihren Gegnern zu vereinbaren, ist ein Beweis ihrer Verfügungsfähigkeit, auf die nach Lotmar die Parteien verzichtet haben sollen.

Lotmar setzt sich zu leicht hinweg über den Rechtsgrundsatz, daß im Obligationenrecht einer von den Parteien aufgestellten Vertragsbestimmung keine absolut bindende Kraft innewohnen kann. Wie könnten denn auch bloße Parteien von sich aus ihren Vereinbarungen eine Kraft beilegen, wie sie den meisten gesetzlichen gewerberechtlichen Bestimmungen nicht innewohnt!

Des weiteren würden die Arbeiter bei Verzicht auf ihre Verfügungsfreiheit unter Umständen in eine unerwünschte, mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts[1]) in Widerspruch stehende, Abhängigkeit von ihren Gewerkschaften[2]) geraten, wenn man folgende Tatsachen bedenkt:

Tarifverträge werden manchmal auf die Dauer von 3, 4 oder 5 Jahren vereinbart; Lohnveränderungen können oft während dieser Dauer von den Vorständen der Gewerkschaften mit der Arbeitgeberpartei vorgenommen werden bis zur Kündigung, auf welche die eine anzuhörende Stimme des einzelnen Arbeiters nur einen beschränkten Einfluß hat. Wenn auch anzunehmen ist, daß die Gewerkschaftsvorstände fast stets die Zustimmung der Mehrheit ihrer Arbeiter hinter sich haben, so muß man doch auch die Situation der übrigen Arbeiter ins Auge fassen und bedenken, daß bei der Unabdingbarkeit über den Preis, zu dem auch die Minderheit ihre Arbeitskraft verkaufen soll, über ihren Kopf hinweg entschieden werden soll. Und eine solche Majorisierung ist gerade in einem solchen Punkte, wenn eben möglich, zu vermeiden, wo es sich um das wertvollste Vermögen des Arbeiters, nämlich um seine Arbeitskraft und ihre Bezahlung, handelt.

„Daß ein obligatorischer Vertrag durch entgegenstehende Vereinbarungen wieder aufgehoben, durch neue Vereinbarungen geändert werden kann, ist für unsere Privatrechtsordnung ein Satz, der nur wegen seiner Selbstverständlichkeit nicht ausgesprochen ist, aber allen Einzelvorschriften unseres Schuldrechts erkennbar zu Grunde liegt.[3])

Die Befugnis zum Abschluß von Arbeitsvertragen auf beliebige Art und Weise kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden,[4]) vielmehr können die Kontrahenten nur eine obligatorische Verpflichtung übernehmen, von der eben erwähnten Befugnis keinen Gebrauch zu machen.[5]) Verletzen die Parteien diese obligatorische Verpflichtung, so ist nicht etwa dieser gegen sie verstoßende Vertrag „ohnmächtig", wie Lotmar sagt, mit der Wirkung, daß automatisch der Tarifinhalt an seine Stelle rückt, vielmehr tritt eine andere Wirkung ein, die später behandelt werden soll.

Darin müssen wir Lotmar zustimmen, daß im großen und ganzen der Parteiwille auf die Verbindlichkeit des Tarifvertrags gegenüber abweichenden Arbeitsverträgen gerichtet ist,[6]) also auf Grund einer auto-

[1]) Vgl. § 624 B.G.B.

[2]) So auch Landmann-Rohmer, a. a. O., zu § 105.

[3]) Oertmann, Zur Lehre vom T.-V., Zeitschrift für Sozialwissenschaft, Bd. X Heft 1 S. 9.

[4]) § 137, Saz 1 B.G.B.

[5]) § 137, Satz 2 B.G.B.; vgl. Baum, Gruchots Beitr. 49, S. 265.

[6]) So z. B. auch in den Fällen, die behandelt sind in den Beitr. Stat. Amt Nr 3, S. 65, 66; Nr. 4, S. 260. Vgl. ferner die Beispiele bei Rundstein, R.Wiss. S. 153 ff.

matischen Wirkung des Normenvertrags tarifwidrige Arbeitsverträge für ungültig erklärt wissen will. Aber kann denn das geltende Recht diesem Willen folgen?

Hierüber läßt sich Sinzheimer[1]) in überzeugenden Ausführungen des näheren aus, mit dem Resultat, daß er die letztere Frage verneint, und zitiert als Grundgedanken der heute herrschenden Lehre vom Verhältnis zwischen Wille und Rechtswirkung im Rechtsgeschäft Kohlers[2]) Worte: „Hier ist es Sache der Parteien, das Versprechen zu geben und das wirtschaftliche Objekt des Versprechens zu bezeichnen. Sache des Rechts ist es, zu bestimmen, ob und welche Folgen sich an das Versprechen knüpfen, ganz unabhängig von der Voraussicht der Parteien."

Uebrigens ist das Recht auf Ausnutzung der Arbeitskraft kein dingliches Recht, es kann also weder zediert noch tradiert werden, es ist vielmehr „in einem solchen Maße persönlicher Natur, daß gemäß § 888 Z.P.O. die Zwangsvollstreckung zur Erzwingung von Dienstleistungen nicht zulässig ist. Es kann sonach niemand sich mit dinglicher Wirkung der Verfügung über seine Arbeitskraft begeben, auch nicht in dem Sinn, daß es ihm unmöglich wird, andere als tarifmäßige Dienstverträge abzuschließen."[3])

Zum Beweis, daß es Ausnahmen von dem Grundsatz: „kein Verzicht auf die Verfügungsfreiheit" gibt, zitiert Lotmar den § 399 BGB.[4]), dessen Bestimmung er analog auf den Tarifvertrag angewandt wissen will. Ohne Zweifel liegt in diesem Fall des § 399 (ebenso wie in dem auch von Lotmar zum Vergleich herangezogenen Verzicht auf den Widerruf einer Vollmacht, § 168 B.G.B.) eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit vor. Dies ist aber, wie allgemein angenommen wird. [5]) eine restriktiv auszulegende Ausahme von der Regel, daß niemand durch einen Privatakt auf seine Verfügungsfähigkeit verzichten kann.

Wollte man die uneingeschränkte Existenz des altrömischen Satzes: „prout quidque contractum est, ita solvi debet" (d. h. den Grundsatz, daß ein obligatorisches Band durch „Umkehr des Eingehungsaktes", also in unserm Fall durch contrarius consensus, aufgehoben werden kann) für unser heutiges Recht bestreiten, so müßte man den ganzen Vertragsbegriff des B.G.B. von Grund auf umstürzen, da er mit jenem zitierten Grundsatz eng verknüpft ist.[6])

Selbst gesetzt den Fall, Lotmar wäre der Nachweis geglückt, daß die im Tarifvertrag liegende Beschränkung der Verfügungsfreiheit eine Ausnahme von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sei, dann bliebe er immer noch den Nachweis dafür schuldig, wieso die Rechtsordnung dazu kommt, ohne Anhalt im positiven Recht ein in seinen einzelnen Punkten im Tarif-

---

[1]) a. a. O. II, S. 79 ff.

[2]) S. dessen Aufsatz: Das Autorrecht, S. 155. Vgl. dazu auch dessen Ausführungen in seinem Lehrbuch d. bürgerl. R., 1. Halbbd. S. 486, unter III. IV.

[3]) Wölbling, A.V. u. T.V., S. 394.

[4]) „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn .... die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist".

[5]) So z. B. Köppe, Der T.-V. als Gesetzgebungsproblem, S. 95; Oertmann, Lehre vom T.-V. S. 1—29. Wölbling, A.V. u. T.-V. S. 395. Zeitler, Rechtliche Natur des T.-V. S 119.

[6]) „Rechtsphilosophische Wahrheiten dürfen wir nicht grundlos über Bord werfen, wenn sie uns auch für die Fortbildung unserer Begriffe unbequem erscheinen; sonst kommen wir zu Unklarheiten, die in der Praxis die größte Verwirrung und Enttäuschung hervorrufen." Wölbling, A.-V. u. T.-V., S. 274.

vertrag genau bestimmtes Programm des Arbeitsverhältnisses den Kontrahenten des Arbeitsvertrags aufzudiktieren. Das ergäbe denn doch geradezu einen Vertrag ohne Konsens, und ein solches Gebilde ist nach unseren heutigen Rechtsbegriffen ein Unding, das, wie schon erwähnt, in krassem Widerspruch steht zu unserm ganzen bürgerlich-rechtlichen Vertragsbegriff.

Die Unabdingbarkeit bedeutet also ohne Zweifel eine weitgehende Beschränkung der Verfügungsfreiheit. Diese nach geltendem Recht aus bloßen Privatvereinbarungen herzuleiten, ist unzulässig; höchstens der allmächtige Gesetzgeber könnte der Verfügungsfreiheit eine solche Schranke ziehen, wenn er zu dem Ergebnis kommen sollte, daß er dem Tarifzweck auf andere Weise nicht gebührend gerecht werden kann.

II. Der zweite Grundsatz, auf dem Lotmars Theorie basiert, erweist sich nach genauer Untersuchung ebenfalls als unhaltbar. Lotmar glaubt, der Einzelne würde sich durch Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags in unzulässigen Widerspruch stellen zur Gesamtheit der Tarifvertragskontrahenten. Genauer ausgedrückt: der Tarifbrecher, als einzelnes Glied einer Gesamtheit, gäbe ein Recht derselben auf.

Diese Auffassung ist schief, weil sich die Gesamtheit im Tarifvertrag nicht Dienstverträge ausbedingt, mit anderen Worten: sich nicht zu gesamter Hand einem Arbeitsverhältnis unterwerfen will. Würde der Tarifvertrag — eine Auffassung, die fast einstimmig abgelehnt wird — einen kollektiven Arbeitsvertrag darstellen, dann wäre Lotmars Auffassung richtig, die Arbeitsverträge von Anfang an als zur gesamten Hand abgeschlossen zu betrachten, so daß der einzelne sie nicht mehr abändern könnte.

Aber das Recht der Gesamtheit der Tarifkontrahenten auf der einen Seite besteht doch nur darin, von der Gegenpartei auf der andern Seite die Unterlassung des Abschlusses tarifwidriger Arbeitsverträge zu verlangen. Schließt trotzdem einer der Tarifkontrahenten einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag, so macht er nur von s e i n e m schon erwähnten Recht Gebrauch, auf beliebige Art und Weise seine Arbeitsverhältnisse mit seinen Kontrahenten zu regeln. Aber in dieser Willenserklärung zu diesem Einzelarbeitsvertrag eine Verfügung[1]) über das Recht einer Gesamtheit zu erblicken, ist ausgeschlossen. Dies Recht der Gesamtheit, von der Gegenpartei die Erfüllung der Unterlassungspflicht beanspruchen zu können, bleibt nach erfolgter Willenserklärung des Einzelnen zum tarifwidrigen Arbeitsvertrag vollständig bei Bestand. Das erwähnte Recht der Gesamtheit k a n n nicht nur durch den Einzelnen n i c h t aufgegeben werden, vielmehr findet es gerade, wenn ein tarifwidriger Arbeitsvertrag geschlossen wird, Gelegenheit, praktisch angewendet zu werden. Von einer unzulässigen Aufgabe eines Rechts der Gesamtheit durch einen einzelnen Tarifbrecher kann also nicht die Rede sein.

Lotmar meint, bei Abschluß des Tarifvertrags sei die Gebundenheit

---

[1]) Daß der Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags überhaupt eine Verfügung (d. h. ein die Rechtslage eines Vermögensgegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft) ist, wie u. a. Lotmar und Sinzheimer annehmen, ist übrigens nicht unbestritten; vgl. z. B. S c h a l l, Das Privatrecht des T.V. S. 161: „Der Anspruch der Organisation auf tarifgemäßen Arbeitsvertragsabschluß erfährt allerdings eine Abänderung dahin, daß die tarifwidrigen Bestimmungen wieder aufzuheben, die tarifgemäßen an die Stelle zu setzen und unter Umständen Ersatz zu leisten ist, aber diese Abänderung desAnspruchs ist eine gesetzliche Folgeerscheinung der Handlung des Organisationsmitgliedes, nicht ihr Inhalt und Zweck."

der einzelnen Mitglieder in ihrer Verfügungsfähigkeit von der Gesamtheit ihrer eigenen Organisation errichtet und lasse infolgedessen auch nur eine gemeinschaftliche Aufhebung dieser Beschränkung zu. Wie diese Parteivereinbarung der Beschränkung der Vertragsfreiheit rechtlich zustande kommt, wird von Lotmar, so angebracht dies auch gewesen wäre, nicht im einzelnen untersucht.[1])

Zu unterscheiden ist hierbei zwischen dem Tarifvertrag mit Einzelnen und dem Tarifvertrag mit Verbänden; bei ersterem würde der Einzelne sich die erwähnte Beschränkung der Vertragsfreiheit auferlegen und zwar gegenüber jedem Mitglied der gegnerischen Organisation. In diesem Fall könnte die Schranke der Vertragsfreiheit nur dadurch beseitigt werden, daß der Einzelne mit jedem Mitglied der gegnerischen Organisation ihre Aufhebung vereinbarte.

Bei dem Tarifvertrag mit Verbänden müssen wir auf oben gemachte Ausführungen zurückkommen. Nach der Verbandstheorie wird nur der Verband verpflichtet, sodaß Rechtswirkungen auch nur für die Gesamtheit eintreten können. Das einzelne Mitglied einer Organisation kann also nur dann verpflichtet und in seiner Vertragsfreiheit beschränkt werden, wenn dieser Verband, mit entsprechender Vollmacht versehen, für seine einzelnen Mitglieder handelt.

Da diese Beschränkung der Vertragsfreiheit, errichtet durch Willenserklärung des Einzelnen oder zwar durch die Gesamtheit, aber als Vertreterin ihrer einzelnen Mitglieder, rechtlich nur gegenüber jedem Mitglied der gegnerischen Organisation besteht, so hat logischerweise derjenige, der die Beschränkung seiner Vertragsfreiheit aufheben will, auch nur den Konsens der Mitglieder der gegnerischen Partei, aber nicht der übrigen Mitglieder seiner eigenen Organisation zu erwirken.

Denn die Beschränkung der Vertragsfreiheit ist zwar „von einer Mehrheit zusammen“ errrichtet worden, aber doch nicht in dem Sinne eines Gesamtaktes. „Die Beschränkung der Vertragsfreiheit kann nur für jeden als Einzelnen eintreten; daß Mehrere diese zusammen, jeder für sich, errichten, ist rechtlich zufällig“.[2]) Aus dem Zusammenwirken Mehrerer gegenüber der gegnerischen Organisation kann man demnach u. E. nicht schließen, daß eine einseitige Aufhebung der Vertragsfreiheitsbeschränkung durch ein einzelnes Mitglied etwas rechtlich anstößiges wäre.

Auf einen Widerspruch in Lotmars Theorie geht Zeitler[3]) des näheren ein. Lotmars Behauptung, der Tarifvertrag sei im Gegensatz zum Arbeitsvertrag mit einer Mehrheit von Arbeitern geschlossen worden, sei schlecht in Einklang zu bringen mit der von Lotmar so lebhaft verfochtenen Vertretungstheorie, die doch gerade die Verpflichtung jedes Einzelnen aus der Gesamtheit unterstreiche. Demnach kommt Zeitler am Schluß seiner Untersuchung zu dem Resultat, daß man Lotmars Theorie in dem Sinne aufzufassen habe, daß die Einzelnen als die Kontrahenten des Tarifvertrags zu betrachten seien. Und dann stünde ja nichts mehr im Wege, daß der Einzelne die von ihm selbst (und nicht von einer Mehrheit) im Tarifvertrag gesetzte Einschränkung der Vertragsfreiheit durch contrarius consensus wieder aufheben könne.

---

[1]) Den folgenden Ausführungen liegt Schalls Argumentation, a. a. O. S. 157, zu Grunde.

[2]) Schall, a. a. O. S. 158.

[3]) a. a. O. S. 121.

Diesem Gedankengang Zeitlers glauben wir uns anschließen zu können.

Nicht anerkennen können wir jedoch einen Widerspruch, den W ö l b l i n g[1]) in Lotmars Ausführungen zu finden glaubt. Lotmar behauptet, daß der Einzelne durch Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags auf ein Recht der Gesamtheit verzichte; aber er läßt zu, daß der einzelne Tarifpflichtige mit einem Außenseiter einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag abschließt. Wenn Lotmars Ansicht richtig wäre, findet es Wölbling unerklärlich, warum Lotmar denn in diesem Falle eine Verfügung des Tarifpflichtigen über das Recht der Gesamtheit, von ihm die Unterlassung tarifwidriger Arbeitsverträge zu beanspruchen, zulasse. Wir dagegen finden dieses Ergebnis sogar sehr leicht dadurch erklärlich, daß Lotmar hier eine durch das geltende Recht gebotene Ausnahme machen muß, insofern als eben die Pflicht, tarifwidrige Arbeitsverträge nicht abzuschließen, sich nicht auf Außenseiter bezieht.

Um nun das Ergebnis der letzten Ausführungen zusammenzufassen: Wenn Lotmar es für widerspruchsvoll erklärt, daß die von einer Mehrheit im Tarifvertrag errichtete Schranke der Vertragsfreiheit durch einen einzelnen Tarifbrecher wieder aufgehoben wird, so müssen wir dem entgegenhalten, daß dies Ergebnis nur ein folgerichtiger Ausfluß des Prinzips der Vertragsfreiheit ist, von dem nur in positivrechtlichen Ausnahmefällen abgewichen werden kann. Wünscht man im Interesse des Tarifwesens eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit, so darf man dem geltenden Recht nichts unterlegen, sondern muß mit Forderungen an den Gesetzgeber herantreten.

III. Als letztes Argument für seine Theorie zieht Lotmar als Analogon die Arbeitsordnung heran, aber auch hier ist der Einwand gegen ihn zu erheben, eine Ausnahmenorm unzulässigerweise verallgemeinert zu haben.[2])

Insofern ist Lotmar Recht zu geben, als sich die Arbeitsordnung und der Tarifvertrag darin gleichen, daß sie beide die Arbeitsverhältnisse gleichmäßig regeln wollen. Aber ein großer Wesensunterschied besteht doch darin, daß die Arbeitsordnung im Gegensatz zum Tarifvertrag kein Vertrag ist, sondern einseitig erlassen wird; daß ferner ihre Normen nur auf einzelne Betriebe gemünzt sind, beim Tarifvertrag jedoch den oben erwähnten Expansionsdrang möglichst über das ganze Gewerbe haben. Also allein schon aus diesem Grund können wir den Analogieschluß nicht als zwingend anerkennen, und vollends gänzlich ausgeschlossen ist dies, wenn wir im folgenden Lotmar eine unrichtige Gesetzesauslegung nachweisen:

Lotmar beruft sich zum Nachweis der derogierenden Wirkung der Arbeitsordnung besonders auf § 134 c Abs. 1 in Verbindung mit § 134 a, Abs. 3 der Gew.O. Aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß „der Inhalt der Arbeitsordnung, soweit sie den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter r e c h t s v e r b i n d l i c h ist", folgert Lotmar jene zwingende Kraft der Arbeitsordnung, wonach Arbeitsverträge trotz abweichender Uebereinkunft den Inhalt empfangen, den die Arbeitsordnung

---

[1]) a. a. O. S. 391.

[2]) So auch z. B. K ö p p e, a. a. O. S. 95, O e r t m a n n, Lehre vom T.-V. S. 22. W ö l b l i n g, A.-V. und T.-V. S. 397; Z e i t l e r, a. a. O. S. 124; dies Analogon erkennt an R u n d s t e i n, Tarifrechtliche Streitfragen 1907, S. 62 ff.

vorschreibt. Aber[1]) der Gesetzestext sagt doch nur, daß der Unternehmer an die Arbeitsordnung „rechtlich gebunden" ist, also, obgleich sie eine einseitige Verfügung ist, trotzdem in keinem Fall von ihr einseitig zurücktreten kann. Der Ausdruck „rechtsverbindlich" soll nicht mehr bedeuten, als die grundsätzliche Rechtsverbindlichkeit aller Privatrechtsnormen, d. h. die Arbeitsordnung ist dispositiver, nicht zwingender Natur.[2]) Somit entfällt auch Lotmars drittes Argument.

Wir müssen deswegen Lotmars Theorie nach geltendem Recht ablehnen und tarifwidrige Einzelarbeitsverträge für rechtsgültig erklären, so „unvereinbar dies Ergebnis auch mit einem gesunden sozialen Zustand ist" (Dernburg). Bei diesem Ergebnis befinden wir uns in Uebereinstimmung mit der überwiegend herrschenden Lehre.[3]) Die Stimmen, die sich in der Literatur für Lotmar erhoben haben, sind nicht sehr zahlreich. Besonders Rundstein[4]) war es, der der Lotmarschen Theorie zur Geltung zu verhelfen suchte, jedoch ohne eigentlich die von Lotmars Gegnern vorgebrachten Argumente widerlegen zu können. Ihm ist besonders der Vorwurf zu machen, daß er sich bei seiner Untersuchung zu sehr treiben läßt von einer gesetzgeberischen Betrachtungsweise, um nicht zu sagen: von allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen, anstatt, wie es sich bei einer theoretisch-juristischen Untersuchung über die Anwendbarkeit einer Theorie de lege lata gebührt, nur mit bereits feststehenden zivilistischen Begriffen zu operieren.[5]) [6])

[1]) So z.B. auch Landmann-Rohmer, II. S. 439. 581. 604.

[2]) Wölbling, A.-V. u. T.-V. S. 382.

[3]) z.B. Baum, Gruchotsbeitr. a. a. O. Burchardt, Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter, S. 86; Brogsitter, Der T.-V., unter bes. Berücksichtigung der Entwicklung in England, S. 18 ff. Landmann-Rohmer, II. S. 190. Oertmann, Lehre vom T.-V., a. a. O. S. 21 ff. und Komm. S. 591, sub f. Planck, Bd. 2 § 612 Anm. 3. Prenner, Seufferts Blätter, a. a. O. S. 222. Schalhorn, G.G. Berlin, S. 21 ff. Sigel, Gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 33 ff. v. Schulz, Gutachten zum 29. Juristentag. Schulz-Schalhorn, S. 320. 391. Wölbling, A.-V. u. T.-V., S. 388. 404 ff. Zimmermann, Schmollers Jahrb. 1907. Heft 4.

[4]) R.Wiss. S. 142.

[5]) „Die üblichen zivilistischen Maßstäbe dürfen an diese besondere Kontrahierungsart nicht angelegt werden". Streitfragen S. 55.

[6]) Auf Lotmars Standpunkt stehen ferner, ohne jedoch neue Stützpunkte für die Richtigkeit ihrer Theorie aufzustellen: Bail, a. a. O. S. 73. Hüglin, a.a.O. S. 88. Koeßne, a. a. O. S. 260. Rosner, a. a. O. S. 11, 12. Sinzheimer, der früher die Unabdingbarkeit vertrat (G.G. X, S. 375 ff. und G.G. X, S. 77 ff., Versammlungsbericht sub VI) hat seinen Standpunkt geändert.

§ 5.

Stellung der Judikatur zu Lotmar.

Im folgenden soll eine in der Art und in dem Umfang noch nicht vorgenommene Zusammenstellung der Entscheidungen deutscher Gerichte gegeben werden, welche Stellung genommen haben zu der Frage der Abdingbarkeit. Die eingehendere Behandlung der Judikatur[1]) über diese Frage glaubt Verfasser dadurch gerechtfertigt zu sehen, daß wir aus der Auffassung der mit den Verhältnissen des Lebens eng vertrauten gewerbegerichtlichen Praxis und aus unserer kritischen Stellungnahme zu ihr manchen wertvollen Anhaltspunkt für die später zu erörternde Frage gewinnen können, wie wir uns zur uneingeschränkten Unabdingbarkeit, nachdem wir sie de lege lata abgelehnt haben, de lege ferenda stellen wollen.

Es muß zugegeben werden, daß die Rechtsprechung[1]) über die Frage der Abdingbarkeit teilweise zu wünschen übrig läßt; besonders

[1]) Solche erwähnt Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Zivilrecht unter §§ 611 ff. BGB.; sowie Sinzheimer II, S. 69, ferner ders., Tarifgesetz 1913, S. 54.

[1]) Das R.G. hat noch nicht Gelegenheit gehabt sich über diesen Punkt zu äussern.

bei der einen oder anderen gewerbegerichtlichen Entscheidung entbehrt man eine eingehendere Begründung, manchmal fehlt überhaupt jeder Ansatz zu einer solchen.

I. Nur eine kleine Anzahl von Entscheidungen hat sich grundsätzlich für Lotmar ausgesprochen.

Zunächst ist hier zu nennen ein Urteil des G. G. Hannover vom 23. September 1908,[1]) das folgende unhaltbare Begründung für seine Ansicht vorbringt:

„Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß es der Arbeitgeber völlig in der Hand hätte, die ihm unbequemen Bestimmungen eines Tarifvertrags durch eine Anzahl Individualverträge mit einzelnen Arbeitern aufzuheben und den Tarifvertrag dadurch zu entwerten. Das würde aber gänzlich dem Wesen des Tarifvertrags widersprechen".

Daß die Abdingbarkeit dem inneren Wesen des Tarifvertrags widerspricht, ist zuzugeben; aber damit ist noch nicht gesagt, daß bei Zulassung der Abdingbarkeit der ganze Tarifvertrag überhaupt wertlos sei. Denn das Gericht verkennt, daß der Arbeitgeber es auch bei der Abdingbarkeit nicht „völlig in der Hand" hat, durch entsprechendes Verhalten den Tarifvertrag ganz zu entwerten. Etwas „völlig in der Hand haben" bedeutet doch nichts anderes, als: einseitig und ohne für den Handelnden nachteilige rechtliche Folgen etwas vornehmen zu können. Aber wenn der Unternehmer den Tarifvertrag abdingt, so macht sich gegen diese positive Vertragsverletzung eine Reaktion des Rechts bemerkbar und zwar — wie hier schon kurz erwähnt sei — kraft der obligatorischen Funktion des Tarifvertrags, die gegen den Vertragsbruch, der in dem tarifwidrigen Arbeitsvertrag liegt, dem Verletzten gewisse Rechtsansprüche erteilt. Und durch diese Rechtsansprüche wird dasjenige, um was der Tarifbruch den Tarifvertrag von der Erreichung seiner Zwecke abgebracht hat, wieder ausgeglichen. Es ist deswegen zu weitgehend, wenn man im Fall der Abdingbarkeit von einer völligen Entwertung des Tarifvertrags spricht; vielmehr wird hier die Durchsetzung der Tarifansprüche nur erschwert.

Der zitierten Entscheidung ist demnach vorzuwerfen, daß sie sich nicht an das geltende Recht hält, sondern von Zweckmäßigkeitserwägungen ausgehend die Pfade des Gesetzgebers betritt.

Ein zweites Urteil des G. G. Hannover vom 29. Sept. 1906[2]) sprach sich ebenfalls grundsätzlich für die Unabdingbarkeit aus. Im konkreten Fall erkannte das Gericht zwar eine dem Tarifvertrag widersprechende Sondervereinbarung als rechtsverbindlich an, aber nur aus dem besonderen Grunde, weil einer der Kontrahenten des Individualvertrags weder ausdrücklich noch durch konkludente Handlung dem Tarifvertrag beigetreten war. Ein solcher Tatbestand läßt es uns gerechtfertigt erscheinen, daß das Gericht hier — von seinem damaligen Standpunkt aus — eine Ausnahme von der Regel der Unabdingbarkeit zugelassen hat.

Das G. G. Mannheim erwähnt in einem Urteil vom 2. Sept. 1909[1]) die Unabdingbarkeit als seine ständige Praxis. Im konkreten Fall kommt allerdings das Gericht — in Uebereinstimmung mit unserem Vertragsrecht, welches nur die Parteien eines Vertrags (also hier nur die Verbände, nicht deren Mitglieder) berechtigt und verpflichtet — zu dem Resultat, daß der Arbeitgeber durch Austritt aus seiner Organisation, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat, ohne weiteres auch seine Unterwerfung unter den Tarifvertrag dadurch aufheben könne, daß er dem Arbeitnehmerverband die formelle Mitteilung zugehen lasse, daß er sich an den Tarifvertrag nicht mehr gebunden halten wolle.[2]) [3])

„Der Grundsatz der Unabdingbarkeit wird wohl auch jetzt noch in der Tätigkeit des G.G. Mannheim aufrecht erhalten, aber es wird vermieden, es darüber zu Urteilen kommen zu lassen; solche sind daher in den letzten Jahren auch nicht mehr ergangen. Es gelingt fast immer, durch moralische Einwirkung auf die Arbeitgeber sie zu bestimmen, daß sie sich an den Tarifvertrag halten. Würde es wieder einmal zu einem Urteil kommen, so ist angesichts des jetzigen Standes der Literatur und Rechtsprechung nicht anzunehmen, daß an der Unabdingbarkeit festgehalten werden könnte."[4])

Jedenfalls zeigen diese Aeußerungen, daß unsere Gerichte ein eminentes Interesse an einer gesetzlichen Regelung dieser Materie haben, die die erwünschte Sicherheit in die Rechtssprechung bringen würde.

Auch das G. G. Berlin hat, nachdem es in verschiedenen Urteilen vorher die Abdingbarkeit vertreten hat, in einer Entscheidung vom 11. 1. 1908[5]) ohne hinreichende Begründung sich zur grundsätzlichen Unabdingbar-

[1]) G. G. XIV. S. 173.
[2]) G. G. XII, S. 61.

[1]) G. G. XV, 11.
[2]) Ebenso lässt eine wichtige Entscheidung des Kammergerichts vom 24. II. 13 (E. A. I. Heft 8, S. 229) den blossen Austritt des Unternehmers aus dem Verband zur Befreiung aus der Tarifverpflichtung genügen, es sei denn, dass eine ausdrückliche statutarische Bevollmächtigung des Verbandes zum Abschluss von T.-V. für seine Mitglieder vorliege.
[3]) Derselben Anschauung wie das unter Anm. 2 zitierte Urteil ist das Landgericht I Berlin (E. A. I, Heft 1, S. 25 ff.) — Dass diese Auffassung nicht übereinstimmt mit der Parteiabsicht, zeigt z. B. eine Bestimmung des am 31. I. 13 vereinbarten T.-V. zwischen der Vereinigung der Dekaturanstaltsbesitzer Berlins und den Ortsverwaltungen Berlins des deutschen Textilarbeiterverbandes. „Durch Unterschrift eines jeden einzelnen Arbeitgebers und jeden einzelnen Arbeiters unter dem T.-V. soll zum Ausdruck gebracht werden, dass jeder Arbeiter und jeder Arbeitgeber, selbst wenn er nicht mehr den vertragsschliessenden Organisationen angehört, an den T.-V. gebunden ist."
[4]) Persönliche Mitteilung des Vors. d. G. G. Mannheim.
[5]) R. A. Bl. VI. Nr. 7, S. 707.

keit bekannt, aber in den späteren Urteilen diesen Standpunkt wieder aufgegeben.[1])

Das G. G. Köln hat sich in einem Urteil vom 22. XII. 1910[2]) für die Unabdingbarkeit ausgesprochen. Besonders interessant ist es durch seinen Tatbestand:

Trotz einer, tarifwidrige Arbeitsverträge ausdrücklich für ungültig erklärenden, Tarifbestimmung[3]) hatte der Arbeitgeber derartige Sondervereinbarungen mit den Arbeitnehmern vorgenommen, mit der Folge, daß die Arbeitnehmer nur unter Widerspruch gegen diese Tarifwidrigkeit weiter arbeiteten. Während das geltende Recht diese tarifliche Bestimmung ohne rechtliche Bedeutung läßt, also selbst dem ausgesprochenen Parteiwillen nach Unabdingbarkeit nicht nachkommt, macht das Gewerbegericht — im Gegensatz zur übrigen Judikatur[4]) — Ausführungen im gegenteiligen Sinn und begründet seine Entscheidung folgendermaßen:

„In dem Tarifvertrag binden sich beide Teile, keine Sondervereinbarungen zu treffen. Von dieser Verabredung kann die Beklagte nicht einseitig zurücktreten. Denn Verträge werden geschlossen, um gehalten zu werden; sie bilden Gesetz für die Parteien. Auch § 9 des Tarifvertrags verbietet der Beklagten jede Sondervereinbarungen . . Die einseitige Lohnminderung seitens des Beklagten war daher unzulässig."

Der Nachdruck in dieser Entscheidung ist zu legen auf die Worte, daß von einer Tarifbestimmung, nach der die Vereinbarung tarifwidriger Separatverträge ungültig sein soll, nicht einseitig zurückgetreten werden kann. Hätten sich die Arbeitnehmer ausdrücklich oder durch konkludente Handlung mit der Abänderung des Tarifvertrags einverstanden erklärt, dann wäre auch nach dem Standpunkt des G.G. Köln[5]) gegen diese Abdingung des Tarifvertrags rechtlich nichts einzuwenden. Dieses Gericht vertritt also in diesem neuen Urteil gewissermaßen eine „beschränkte Unabdingbarkeit", wie wir sie nennen wollen, eine Auffassung, in der es zusammengeht mit dem G.G. München. Letzteres erklärt in einer Entscheidung vom 15. II. 1907,[6]) daß es

„zwar nicht möglich ist, daß die Bestimmungen eines Lohntarifs durch Sondervereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgedungen werden. Wenn jedoch der Arbeitnehmer bei der einzelnen jeweiligen Lohnzahlung nicht auf Zahlung des tarifmäßigen Lohnes besteht, sondern sich mit einem niedrigeren Lohn zufrieden gibt, so muß in diesem Verhalten ein zuverlässiger Verzicht auf die Differenz zwischen dem gezahlten und dem tarifmäßigen Lohn erblickt werden, welcher verbietet, daß der Arbeiter die Differenz zwischen dem tarifmäßigen und dem gezahlten niedrigeren Lohn nachträglich zu fordern berechtigt ist."

Es ist mit anderen Worten eine exceptio doli,[1]) die das Gericht hier gegen denjenigen gibt, der, nachdem er mit seiner eigenen Zustimmung womöglich monatelang unter Tarifpreis gearbeitet und somit seine tarifttreuen Kollegen geschädigt hat, nach Lösung des Arbeitsverhältnisses die tariflichen Löhne einklagen will.[2])

Gegen ein solches Verhalten die exceptio doli zu geben, ist ein sehr gesunder Standpunkt.[3]) Wohin würde es denn auch führen, wenn die Tarifbrecher erst auf Grund ihrer Unterbietung ihre tariftreuen Kollegen aus ihren Posten verjagen und dann obendrein am Schluß den Tariflohn einklagen könnten, obgleich sie selbst doch nur auf Grund ihrer Eigenschaft als Lohndrücker angestellt oder nur unter dieser Bedingung in ihrer Stellung gelassen worden sind. Jedenfalls ist diese Sonderstellung, die das G.G. München einnimmt, eine von vernünftigen Erwägungen geleitete, die beachtenswert ist und neuerdings auch in die Praxis anderer Gerichte übernommen sein soll.[4])

Mit dieser Aufzählung dürften die wichtigsten der im Lotmarschen Sinn lautenden Entscheidungen wiedergegeben sein.[5]) Ein Blick auf sie lehrt, daß in ihren Begründungen keineswegs neue Stützpunkte für Lotmar zu finden

[1]) s. unten S. 22 ff.

[2]) G. G. XVII, S. 30.

[3]) Viele T.-V. enthalten eine solche Bestimmung, z. B. auch der Malertarif (R. A. Bl. VI. 362); „Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern, die den in diesem T.-V. niedergelegten Bestimmungen widersprechen, sind ungültig." Ueberhaupt haben die Organisationen bei Vereinbarung der T.-V. fast stets die allgemeine Unabdingbarkeit vor Augen, ohne sich jedoch wohl ihrer Tragweite bis in die letzten Konsequenzen bewusst zu sein.

[4]) So z. B. G. G. Dresden (S. 23 unten); ferner eine nicht veröffentlichte Entscheidung des G. G. Hannover vom 21. XI. 12.

[5]) Entscheidung vom 7. III. 11, G. G. XVII, S. 31.

[6]) G. G. XIII. 235. Ferner erwähnt in Soz.-Prax. XVI, 441.

[1]) So auch z. B. Sinzheimer II, S. 70.

[2]) Den Standpunkt, dass aus einem solchen Grunde eine derartige Klage stets dem Einwand der Arglist ausgesetzt ist, vertreten z. B. auch Oertmann, Baum, Wölbling a. a. O. S. 404. — Für unrichtig müssen wir demnach die Anschauung Rundsteins halten, wonach „der tarifwidrig kontrahierende Dritte, auch wenn er dabei selbst Schuld trägt, damit noch nicht auf die Geltendmachung der ihm vertragsmässig zustehenden Rechte verzichtet". (Streitfragen S. 57, Anm. 2.)

[3]) S. ebenso verschiedene Urteile bei Sinzheimer II. S. 77.

[4]) Lotmars Ansicht findet sich ferner in folgenden Entscheidungen: Schiedsgericht Hamburg vom 9. XI. 1898, (Kommentar zum Buchdruckertarif, 1902, S. 55); Schiedsgericht Berlin, 18. IV. 1901 (a. a. O. S. 131 Anm. 213). Zentralschiedsgericht für das Baugewerbe, Entscheidungen aus den Jahren 1910, 1912 (Sonderdruck der Baugewerkszig., Berlin, Entscheidungen Nr. 242—244, 249, 255, 257). Ueber eine Entscheidung des Berliner Einigungsamts für das Tischlergewerbe (G. G. VII. 131/32) vgl. Lotmar Bd. I. S. 786, Anm. 2, sowie Sinzheimer II, S. 69.

[5]) Eine Entscheidung des G. G. Solingen vom 4. Aug. 1904 (G. G. X, 330) spricht sich ohne weitere Begründung für die Unabdingbarkeit aus; da nach einer Erklärung des Vorsitzenden (s. unten S. 23) das G. G. Solingen stets die grundsätzliche Abdingbarkeit vertreten hat, ist wohl anzunehmen, dass bei der erwähnten Entscheidung die Anwendung der Unabdingbarkeit durch besondere Umstände gerechtfertigt gewesen ist, die mangels der Begründung nicht ersichtlich sind.

sind, und sie von der Auffassung ausgehen, daß ohne Unabdingbarkeit der Tarifvertrag rechtlich völlig in der Luft schwebt, ein Standpunkt, der im weiteren Verlauf unserer Untersuchung widerlegt wird.

II. Das G.G. Berlin hat sich vor der oben erwähnten Entscheidung, in der es sich für die Unabdingbarkeit aussprach, des öfteren gegen die Unabdingbarkeit gewandt.

In einem Urteil vom 25. III. 1903 [1]) vertritt es die Anschauung vom suppletorischen Charakter des Tarifvertrags, wonach dieser nur insoweit in Betracht kommt, als nichts anderes vereinbart ist, und wonach tarifwidrige Sondervereinbarungen rechtsgültig sind.

Am 21. August 1903 [2]) lag ihm folgender interessanter Fall zur Entscheidung vor: Der Kläger hatte durch Unterschrift anerkannt, daß die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu jeder Zeit und Stunde zulässig ist. Als er sich eines Tages zur Arbeit meldete, wurde er entlassen und erhielt den Lohn für eine Stunde. Er verlangte den Lohn für den ganzen Tag, da nach dem maßgebenden Tarifvertrag die Entlassung nur mit dem Ablauf des Arbeitstages erfolgen könne, und abweichende Vereinbarungen ausdrücklich für ungültig erklärt seien. Das Gericht erkannte die Zulässigkeit tarifwidriger Sonderabreden in diesem Fall an, trotz der ausdrücklichen Tarifbestimmung, [3]) und zwar mit der Begründung, daß nach dem Wortlaut des Vertrags die Verbände lediglich sich selbst zur Durchführung der im Tarifvertrag normierten Bedingungen verpflichtet hätten (die sog. Exekutionspflicht), ohne hierbei eine direkte Bindung der einzelnen Arbeiter und Arbeitgeber zu beabsichtigen.

Das Gericht vertritt hier also die auch von uns angenommene Verbandstheorie, legt aber daran anschließend die Sachlage vom Standpunkt der Vertretungstheorie aus folgendermaßen dar:

„Selbst dann, wenn man die vertragsschließenden Organisationen im vorliegenden Fall als Vertreter der einzelnen Arbeitgeber und Arbeiter ansehen wollte, wobei es auf eine Prüfung der dieser Organisation statutarisch gegebenen Befugnisse ankäme, so kann doch ein derartiger Tarifvertrag, welchen Inhalt er auch immer haben mag, nicht von so weittragender Bedeutung sein, daß dadurch die Vertragsfähigkeit, d. h. die Geschäftsfähigkeit der Mitglieder dieser Organisation beschränkt wird. Eine deratige Beschränkung der Vertragsfreiheit durch die privaten Abreden widerspricht dem Gesetz, und sie kann ebenso wenig durch eine Abrede der gedachten Verbände erfolgen, wie selbst der Einzelne in seinen eigenen Angelegenheiten sich für die Zukunft nicht des Rechts begeben kann, Verträge zu schließen."

Das Gericht steht demnach auf dem auch von uns verfochtenen Standpunkt, daß diese in der Unabdingbarkeit liegende Beschränkung der Vertragsfreiheit durch keine Bestimmung des geltenden Rechts gerechtfertigt ist.

In einer Entscheidung vom 4. Sept. 1903, [1]) in der die Frage nach der Einwirkung allgemeiner Tarifverträge auf schon bestehende Arbeitsverhältnisse zu beurteilen war, entschied dasselbe Gericht folgendermaßen:

„Ein zwischen Gruppen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern vor dem Einigungsamt abgeschlossener Vertrag über die Lohnbedingungen der Arbeiter des betreffenden Gewerbes hat nicht die Wirkung, daß bereits früher verabredete und stillschweigend aufrecht erhaltene abweichende Lohnbedingungen für die Zukunft nichtig oder seitens der Kontrahenten anfechtbar werden, da die Vertragsfreiheit durch derartige Verträge nicht aufgehoben werden kann. Es stand daher der stillschweigenden tatsächlichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den alten Lohnbedingungen im vorliegenden Fall nichts im Wege. Sie ist erfolgt, indem der Kläger den nach altem Lohnsatz berechneten Lohn Monate lang annahm, ohne Widerspruch zu erheben."

Diesem Urteil, an das das Gericht beachtenswerte Ausführungen über die wirtschaftlichen Folgen tarifwidriger Arbeitsverträge knüpft, können wir uns anschließen, da wir in der Unterlassung eines ausdrücklichen Widerspruchs des Arbeitnehmers einen Verzicht auf den Tariflohn erblicken müssen.

In einer Entscheidung vom 21. Oktober 1903 [2]) führt dasselbe Gericht aus, daß beim Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrages im Zweifel nicht etwa der ganze Tarifvertrag beiseite geschoben wird, sondern die Tarifnormen nur insoweit als beseitigt anzusehen sind, als sie im Widerspruch zu den Sondervereinbarungen stehen. [3])

Nachdem das Gewerbegericht in der oben (S. 20) erwähnten Entscheidung vom 11. 1. 08 zur Auffassung von der Unabdingbarkeit übergegangen war, sprach es sich in einer Entscheidung vom 24. 1. 08 [4]) erneut für die Zulässigkeit von Sonderabreden im Einzelarbeitsvertrag aus. Diese Auffassung hat es in ständiger Judikatur beibehalten; vgl. z. B. die Ent-

[1]) Soz. Prax. XII. S. 1124.
[2]) R. A. Bl. II Nr. 1, S. 63.
[3]) Ebenso entschied in einem analogen Fall das L. G. Köln als Berufungsinstanz (in Uebereinstimmung mit der Judikatur des G. G. Köln) am 27. IV. 1912 (G. G. 18, 34): „Wegen Fehlens einer positiven Gesetzesbestimmung hierüber muss angenommen werden, dass eine derartige, so gewaltig in die Verfügungsfähigkeit der Einzelperson eingreifende, Beschränkung rechtsgültig nicht getroffen werden kann, trotz Vorhandenseins einer, derartige Sonderabreden einschränkenden, Tarifbestimmung." Seit diesem Urteil ist Köln von seiner bisherigen Auffassung von der beschränkten Unabdingbarkeit übergegangen zur grundsätzlichen Abdingbarkeit der Tarifverträge, (Pers. Mittlg. des Vors.)

[1]) R. A. Bl. II Nr. 1, S. 64.
[2]) ebenda.
[3]) Im selben Sinne entschied sich das G. G. Rathenow, am 14. III. 12, G. G. XVIII, S. 9.
[4]) R. A. Bl. VI. Nr. 7, S. 707.

scheidungen vom 7. Juli 1909,[1]) vom 21. August,[2]) 7.[3]) und 13.[4]) November 1912, im selben Sinn eine Entscheidung des L.G. III Berlin.[5])

Das G. G. Hannover hat in einem unveröffentlichten Urteil vom 21. XI. 12 erklärt,[6]) daß seine bisherige Auffassung von der Unabdingbarkeit der Tarifverträge nach erneuter und eingehender Prüfung nicht mehr aufrecht erhalten werden könne. In seinen Gründen führt das Urteil aus, daß eine, tarifwidrige Sonderabreden für ungültig erklärende, Tarifbestimmung keinen Einfluß auf deren Gültigkeit habe. „Denn eine solche die Vertragsfreiheit des Einzelnen beschränkende Bestimmung kann die Ungültigkeit der Einzelabmachungen mit rechtlicher Wirkung gar nicht bestimmen", weder aus positiven Gesetzesvorschriften noch aus allgemeinen Gesichtspunkten. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde vom L. G. Hannover aus demselben Grunde verworfen.

Das G. G. Düsseldorf sagt in einer seiner Entscheidungen[7]) zutreffend:

„Gegen tarifliche Bestimmungen verstoßende Sonderabmachungen zwischen den einer Tarifgemeinschaft angehörenden Arbeitern und ihren Arbeitgebern sind vom tariflichen Standpunkt aus zu verurteilen, kommen sie aber zustande, so sind sie als rechtsgültige Verträge anzusehen und zu beurteilen."[8])

Das G. G. Solingen hat „immer grundsätzlich anerkannt, daß es zivilrechtlich zulässig sei, abweichende Bestimmungen vom Tarifvertrag zu vereinbaren. Nur beim Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere bei der Frage, ob der Tarifvertrag überhaupt zur Anwendung komme, ist das Gewerbegericht von diesem Standpunkt abgegangen."[9])

Die Auffassung, daß eine ausdrückliche Tarifbestimmung, die tarifwidrige Sondervereinbarungen für ungültig erklärt, lediglich die oben erwähnte Exekutionspflicht der Organisation betonen soll, also für das Verhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedeutungslos ist, wird u. a. vertreten in einer Entscheidung des G. G. Amtshauptmannschaft Dresden-A. vom 24. VI. 10.[10]) Mit Recht betont dafl Gericht daß nach dem derzeitigen Stand der Gesetzgebung dem Tarifvertrag nicht eine derartig unverbrüchliche Kraft innewohnt.

Das G. G. Mainz begründet in einer Entscheidung vom 10. I. 10[1]) die Abdingbarkeit folgendermaßen:

„Gegen die Annahme, daß der Tarifvertrag unabdingbar sei, spricht zunächst die Bestimmung des § 105 Gew.-O., wonach die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Uebereinkunft ist.[2]) Die Parteien des Arbeitsvertrags sollen also in Beziehung auf die Festsetzung der Bedingungen des Arbeitsverhältnisses völlig freie Hand haben. Lediglich im Gesetz findet diese Freiheit der Vertragsparteien ihre Begrenzung. Nun gibt es keine einzige gesetzliche Bestimmung, die die Vertragsfreiheit zu Gunsten der Tarifbestimmungen einschränkt. Was aber das Gesetz nicht verbietet, muß erlaubt sein. Ob der bestehende Rechtszustand der Bedeutung des Tarifvertrags als Friedensinstrument gerecht wird, und ob es nicht richtig wäre, ihm zwingende Kraft zu verleihen, ist von dem erkennenden Gericht nicht zu untersuchen. Solange der Gesetzgeber nicht die gewiß wünschenswerte Regelung des Tarifvertrags vorgenommen hat, kann die Festsetzung abweichender Bedingungen im Arbeitsvertrag nicht beanstandet werden".

Immer wieder nehmen also diese Entscheidungen mit vollem Recht an einer aus dem geltenden Recht abzuleitenden Beschränkung der Vertragsfreiheit durch die Unabdingbarkeit Anstoß; es ist auch klar, daß sich die Judikatur zu einer solch umwälzenden Aenderung des Vertragsbegriffs, wie sie die Unabdingbarkeit fordert, nur dann entschließen könnte, wenn sie jeden andern Weg zur Verwirklichung der Tarifziele für unmöglich oder doch wenigstens für zu umständlich halten würde.

Auch das Landgericht Mainz[3]) spricht dem Tarifvertrag nur suppletorischen Charakter zu[4] und führt als Berufungsgericht in einer Entscheidung vom 26. X. 11 aus:

„Es können während des Bestehens eines Tarifvertrags abweichende Arbeitsverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, welche den bei dem Tarifvertrag beteiligten Vereinen angehören, mit Rechtswirksamkeit geschlossen werden. Die Tarifverträge bilden in der Regel die Grundlage für die abzuschließenden Dienstverträge, eine weitergehende Wirksamkeit kann ihnen nicht zugemessen werden; andernfalls . . . fiele es

[1]) G. G. 15, S. 36. Vgl. ferner Urteil vom 10. XII. 08. G. G. XIV, 240/41.
[2]) R. A. Bl. XI, 1913, S. 462.
[3]) ebenda S. 144.
[4]) Schulz-Schallhorn, „Aus der Praxis des G. G. Berlin" 1912, S. 132.
[5]) Vorwärts 1910. Nr. 287: „Zur Frage der Rechtsgültigkeit der T.-V."
[6]) Persönliche Mitteilung des Vorsitzenden.
[7]) G. G. XIV, 352; vgt. hierzu Soz. Prax XVIII. 1202.
[8]) so auch das G. G. Dortmund, 27. VIII. 12 G. G. 18. 57.
[9]) Persönliche Mitteilung des Vorsitzenden. — Einige Urteile des G. G. Solingen sind aufgeführt in einem Aufsatz Baums in G. G. X, 330.
[10]) G. G, XVI, 214.

[1]) G. G. XVIII, 33.
[2]) Anm. So auch G. G. Dortmund, 27. Aug. 12, G. G. XVIII, 57.
[3]) G. G. XVIII, 33.
[4]) so auch G. G. Dortmund, 27. August 12; G. G. XVIII, 57.

den tüchtigen Arbeitern wohl sehr schwer, Arbeitsgelegenheit zu finden, wenn der Lohn für alle Arbeiter gleich sein müßte ohne Rücksicht auf die Fähigkeit."

Den letzten Satz können wir nicht unwidersprochen lassen. Der in ihm ausgesprochene Gedanke wird des öfteren auch von Gegnern der Tarifverträge vorgebracht, „der Tarifvertrag würde eine unerträgliche Nivellierung in die Arbeitsverhältnisse hineintragen." Diese Befürchtung läßt auf eine vollständige Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse im Tarifwesen schließen. Der im Tarifvertrag normierte Lohnsatz soll nach allgemeiner Verkehrssitte nur einen Minimallohn darstellen, unter den bei normalen Verhältnissen der Arbeiter nicht heruntergedrückt werden soll. Aber wer wollte denn dem Unternehmer verbieten, mit seinen Arbeitern bei entsprechender Fähigkeit einen höheren als den im Tarifvertrag festgesetzten Minimallohn zu vereinbaren? [1]) Ueberhaupt sind alle im Tarifvertrag festgesetzten Normen, wie alle sozialen Gesetze, im Zweifel als Mindestgrenze anzusehen [2])

Das G. G. Hamburg hat in einer Entscheidung vom 11. XII. 08 [3]) eingehend Stellung genommen zu unserer Frage und erklärt, daß die Parteien im gegenseitigen Einverständnis recht wohl ihre früheren tariflichen Vereinbarungen wieder aufheben können. [4])

Schließlich sind hier noch zu zitieren Entscheidungen der G. G. Bremen, [5]) Charlottenburg, [6]) Essen, [7]) Passau, [8]) Plauen, [1]) Stettin, [2]) Stuttgart [3])

Eine Gegenüberstellung der Entscheidungen, die sich für und die sich gegen Lotmar ausgesprochen haben, zeigt, daß sich bisher seine Theorie in der Praxis keineswegs bewährt hat. Von den fünf Gewerbegerichten, in deren Praxis die Lotmar'sche Theorie überhaupt nur Eingang gefunden hatte, steht auch kein einziges mehr auf dem Boden der uneingeschränkten Unabdingbarkeit. Die G.G. Hannover, Berlin und Köln haben Lotmars Theorie ganz fallen gelassen, das G.G. Mannheim erklärt sie für zu schwach, im Urteil festgehalten zu werden, und das G.G. München ist zur beschränkten Unabdingbarkeit übergegangen.

Sonach ist die Abdingbarkeit der Tarifverträge als die weitaus herrschende Ansicht in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu bezeichnen, ein Umstand, zu dem wohl besonders die mehr und mehr vorherrschende Verbandstheorie verholfen hat, nach der ja den einzelnen Mitgliedern durch den Tarifvertrag völlig freie Hand gelassen wird.

Die Unklarheit des Tarifvertragswesens in rechtlicher Beziehung hat die Gewerbegerichte in eine Situation gebracht, die wegen ihre Unhaltbarkeit des Ansehens der deutschen Rechtspflege unwürdig ist: die Gewerbegericht [4]) halten die Abdingbarkeit für völlig unvereinbar mit dem Wesen des Tarifvertrags; trotzdem zwingt sie das geltende Recht dazu, in ihren Urteilen gleichsam den Bankrott der Rechtsordnung gegenüber ihrer Aufgabe der Unterdrückung von Tarifwidrigkeiten zu bekennen.

[1]) so auch z. B. G. G. Ludwigshafen a. Rh. 11. V. 11, G. G. XVI, 381.
[2]) so auch Potthoff, a. a. O. S. 142.
[3]) G. G. XIV, 261.
[4]) Ebenso das Urteil eines süddeutschen G. G. in G. G. IV 49, 50.
[5]) G. G. XVI, 341. 20. XII. 10.
[6]) R.A Bl. II, Nr. 3, S. 234. Urteil vom 5. 4. 04.
[7]) Soz. Prax. 20. 46.
[8]) G. G. XVIII. 205.

[1]) Arbeiterrechtsbeilage zum Korrespondenzblatt der Generalkommision der Gewerkschaften Deutschlands. 1913. Nr. 5, S. 90.
[2]) „Die Praxis des Stettiner G. G." S. 69. Nr. 91.
[3]) G. G. I. S. 36 und 8. VII. 13; E. A. I. S. 266.
[4]) Einzige Ausnahme das G. G. Hamburg.

II. Abschnitt.

Die Auffassung: tarifwidrig = sittenwidrig.

§ 6.

In theoretischer Betrachtung.

Der Gedanke, tarifwidrige Arbeitsverträge stets als einen Verstoß gegen die guten Sitten und demnach als nichtig zu betrachten, wird von Prenner [1]) vertreten. Mit seiner Konstruktion, nach der an Stelle dieses nichtigen Vertrags eo ipso der Tarifinhalt treten soll, hat er keinen Anklang gefunden. [2])[3]) Bei genauerer Untersuchung ergibt sich auch, daß sie

[1]) a. a. O. S. 222 ff.
[2]) zu ihr nehmen z. B. Stellung Baum, in Gruchots Beitr. Bd. 49, S. 265 ff.; Köppe, a. a. O. S. 95; Sinzheimer II, S. 74., ferner ebenfalls ablehnend Enneccerus, I, 2. S. 408.

den Tarifzwecken keineswegs gerecht wird, sondern bedenkliche Konsequenzen nach sich ziehen würde. Ganz abgesehen von der allgemeinen Erwägung, daß die Erkenntnis von der hohen sozialen Aufgabe des Tarifvertrags noch bei weitem nicht derart Gemeingut der beteiligten Kreise geworden ist, daß ein Verstoß gegen sie schlechthin als Verletzung der guten Sitten angesehen werden könnte[1]), ist folgendes zu bedenken: Hier beim Tarifvertrag stehen sich verschiedene Stände im Konkurrenzkampf gegenüber. In solchen Fällen ist, wie Baum[2]) in einem geistvollen Aufsatz ausführt, die Feststellung eines Sittenverstoßes besonders schwer, zumal der Richter seiner Entscheidung zugrunde legen muß, was sowohl nach dem Klassenstandpunkt des Verletzten, als auch nach dem des Täters als Verstoß gegen das Moralgesetz angesehen wird.[3])

Nach dem Wortlaut des Gesetzes[4]) muß das „Geschäft" selbst gegen die guten Sitten verstoßen, und zwar entweder durch seinen Abschluß oder durch seinen Inhalt[5]). Es genügt nicht etwa, daß Begleiterscheinungen des fraglichen Geschäfts, wie z. B. unausgesprochene Motive des Handelnden, moralisch nicht einwandsfrei sind.

Der Abschluß des tarifwidrigen Arbeitsvertrags als solcher ist keinesfalls sittenwidrig, und sein Inhalt stellt zwar einen Bruch des Tarifvertrags dar, aber ihn als sittenwidrig zu bezeichnen, geht entschieden zu weit.[6])

Das Motiv, das den tarifbrüchigen Arbeitgeber zum Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrages bestimmt, ist in den häufigsten Fällen eine wirtschaftliche Kalkulation: „Bei geringerer (also untertariflicher) Lohnzahlung werde ich ein besseres Geschäft machen". Daß dies Motiv in allen Fällen eine „unsittliche Gestaltung des Geschäftsinhalts"[7]) zur Folge haben muß, kann doch unmöglich behauptet werden. Ein aus der Judikatur[8]) übernommenes krasses Beispiel für ein sittenwidriges Motiv ist die Vermietung eines Hauses zum Bordellbetrieb. Wollte man jeden rechtsgeschäftlichen Akt, der eine Verletzung des Tarifvertrags zum Inhalt hat, mit dem eben erwähnten Geschäft rechtlich auf eine gleiche Stufe stellen, also damit die Annahme aussprechen, daß nach den Anschauungen der Beteiligten ein tarifwidriger Arbeitsvertrag stets als sittenwidrig angesehen wird, so würde das eine grobe Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse bedeuten.

Aber selbst zugegeben, daß in manchen Fällen die zum Abschluß

---

[3]) s. speziell Mitteis, „Verkauf von Büchern unter dem Ladenpreis durch Warenhäuser", insbes. S. 540; „denn das (Nichtigkeit des widersprechenden, also in unserem Fall: des tarifwidrigen) Vertrags, widerspräche der Regel, daß absolute Rechtswirkungen durch bloße Parteiverabredungen nicht herbeigeführt werden können, sondern immer im Gesetz besonders begründet sein müssen". Zitiert bei Sinzheimer II. S. 74.

[1]) so auch z. B. Schall, a. a. O. S. 162 ff.

[2]) G.G. VIII. S. 17.

[3]) Sigel, a. a. O. S. 47, warnt aus demselben Grunde vor einer zu weit gehenden Heranziehung des § 138 B.G.B. bei dem gewerblichen Arbeitsvertrag.

[4]) § 138, I B.G.B.: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig".

[5]) Enneccerus I. 1, S. 485.

[6]) „Sonst müßte man schließlich zu der Konsequenz kommen, daß jeder von den Kontrahenten wissentlich unter Verletzung eines fremden Zivilrechtsanspruchs geschlossene Vertrag nichtig sei". So Baum, Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 265 ff.

[7]) Enneccerus, I, 1, S. 485.

[8]) R.G.E. 63, S. 179 ff.

eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags veranlassenden Motive unsittlicher Natur sind, so genügen doch die Motive allein noch nicht, um § 138 auf das fragliche Rechtsgeschäft anzuwenden. Vielmehr wird nach richtiger Anschauung verlangt, daß die objektiven Umstände, unter denen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, und vor allem der Inhalt dieses Rechtsgeschäfts selbst derartig sind, daß man sie in Verbindung mit den Motiven als sittenwidrig bezeichnen kann.

Man bedenke nur, in wieviel Fällen die Arbeiter vom Unternehmer vor die Wahl gestellt werden zwischen Arbeitslosigkeit und untertariflicher Entlöhnung[1]) und zwar infolge einer für den Arbeitgeber ungünstigen Konjunktur[2]), die ihm — will er sich nicht dem Ruin aussetzen — eine tarifliche Lohnzahlung verbietet. Wo liegt in einem solchen Fall untertariflicher Entlöhnung auf einer der beiden Seiten etwas Sittenwidriges?

Oder ein weiterer Fall aus der Praxis:[3]) Der Arbeiter ist körperlich nicht im Stande, sei es wegen Invalidität, sei es wegen seines jugendlichen oder hohen Alters, eine dem tariflichen Lohn entsprechende Arbeit zu leisten. Der Arbeitgeber stellt ihn, vielleicht unter Inaussichtstellung der Lohnsteigerung bei zunehmender Arbeitsfähigkeit, vor die Wahl: entweder Arbeitslosigkeit oder Arbeit zu vorerst untertariflichem Lohn. Der Arbeiter erklärt sich mit letzterem einverstanden. Muß hierbei unbedingt etwas Sittenwidriges mitspielen?

Schließlich noch ein letzter praktischer Fall:[4]) Eine Anzahl von Malergesellen sind im Winter arbeitslos. Die Meister haben Aufträge auszuführen, die sie aber ebenso gut und rechtzeitig im Frühling oder Sommer ausführen könnten. Im Interesse der Gesellen übertragen sie ihnen schon im Winter die Arbeit. Aber wegen der Ungunst der Witterungsverhältnisse, die im Winter einen langsameren Arbeitsgang im Malergewerbe mit sich bringen, glauben sie ihnen unmöglich tariflichen Lohn zahlen zu können. Die Gesellen erklären sich mit den Vorschlägen der Arbeitgeber einverstanden. War es sittenwidrig von den Meistern, den Gesellen während einer Zeit, in der diese sonst völlig arbeitslos gewesen wären, zu einem einigermaßen ausreichenden Lohn verholfen zu haben?

Diese aus dem Leben gegriffenen Beispiele, die zweifellos einen Verstoß gegen den Tarifvertrag enthalten, zeigen, daß es manche Fälle[5]) untertariflicher Entlöhnung gibt, in denen ein sittenwidriges Moment gänzlich fehlt. Besonders eine ungünstige Marktlage ist ein Ereignis, das jeden Geschäftsmann täglich treffen kann, und in solchen Fällen ist es ein Akt der Selbsterhaltung, wenn der Arbeitgeber vom Tariflohn abweicht.

---

[1]) z. B. G.G. Solingen, in G.G. X, S. 330; G.G. Mannheim in G.G. XV, 11; G.G. Köln in G.G. XVII, 30.

[2]) Dieser Möglichkeit eines unerwarteten Konjunkturumschwunges könnten die Parteien unter geltendem Recht vielleicht dadurch seine gefährliche Spitze nehmen, daß sie den T.-V. unter einer clausula rebus sic stantibus abschließen und in ihm ihre Verpflichtung aussprechen, bei veränderten Umständen die Tarifsätze etwa zu revidieren oder den T.-V. aufkündigen zu dürfen.

[3]) z. B. E.A. I, S. 266 ff., G.G. Stuttgart. — Der einem Urteil des G.G. Passau (G.G. 18. 205) zugrunde liegende T.V. sieht z. B. für derartige Ausnahmefälle besondere niedrigere Lohnsätze vor.

[4]) G.G. Charlottenburg: R.A.Bl. II, Nr. 3, S. 234.

[5]) Selbst zugegeben, daß dies nur Ausnahmefälle wären, für die man eine Ausnahme von der Regel der Unabdingbarkeit zulassen könnte, so ist zu bedenken, daß jede Ausnahme einen schweren Stoß für das Prinzip der Unabdingbarkeit bedeuten würde, deren Wesen doch gerade ein einfaches automatisches Mittel zur Bekämpfung von Tarifwidrigkeiten abgeben soll. Ebenso Wölbling, G.G. 19. 242.

Moralisch verwerflich wird der tarifwidrige Arbeitsvertrag erst, wenn „der eine der (Tarif-)Vertragsgenossen keinen selbständigen Lebenszweck verfolgte und lediglich mit dem Schuldner (hier: Gegenkontrahenten des tarifwidrigen Arbeitsvertrags) dahin konspirierte, den andern (Tarif-)Vertragsgenossen zu verletzen. Dazu ist der Verkehr allerdings nicht da; aber es ist ein himmelweiter Unterschied, ob jemand seine Lebenszwecke im Widerspruch mit den Interessen seines Gegners erreichen will, oder ob er es lediglich darauf ablegt, einen andern zu schädigen: denn der bloße Schädigungstrieb ist kein gesellschaftlich anzuerkennendes Motiv".[1]) Ein solcher nackter Schädigungstrieb wird aber nur ganz selten — wenn überhaupt — vorkommen, und nur in diesen wenigen Fällen wird man von Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit reden können.[2]) In den übrigen Fällen ist die Verletzung des Tarifvertrags u. U. eine notwendige unangenehme Begleiterscheinung des freien Wettbewerbs, die es auf das nötige Minimum zu reduzieren gilt.

Man ist auf den Gedanken gekommen, den tarifwidrigen Arbeitsvertrag nach § 138 Abs. 2 als wucherliches Rechtsgeschäft zu bezeichnen, also als einen Fall des gesetzlichen Spezialbeispiels eines unsittlichen Rechtsgeschäfts. Daß ein Arbeitsvertrag auf Grund des Wucherparagraphen für nichtig erklärt werden kann, ist ein Grundsatz, der sich verdienstlicherweise in der gewerbegerichtlichen Praxis ausgebildet hat.[3]) Aber nur selten wird der Richter Gelegenheit haben, bei einem tarifwidrigen Arbeitsvertrag eine „Ausbeutung" der Notlage usw. sowie das erforderliche „auffällige" Mißverhältnis zwischen den beiden Leistungen mit Sicherheit positiv festzustellen.

Zu demselben Resultat kommt auch Elster in einem kürzlichst erschienenen, sehr beachtenswerten Aufsatz über den „Begriff des Wuchers im Arbeitsrecht".[4]) Dort führt er auch aus: „Soll Wucher vorliegen, so muß immer ein gewisser Punkt des Geschäfts nachzuweisen sein, wo der eine Teil, indem er sich den Vermögensvorteil verschafft, den andern bei der vertraglichen Abmachung „übers Ohr haut", ohne daß dieser die ganze Tragweite des Geschäfts erkennt".

Und wenn schon dieser Standpunkt: „Tarifwidrigkeit = Sittenwidrigkeit" nur in Ausnahmefällen Geltung haben kann, also seinen Zweck, alle Tarifwidrigkeiten zu umfassen, verfehlt hat, so muß man umsomehr Prenner widersprechen, wenn er glaubt, nach geltendem Recht könne an die Stelle des nichtigen Arbeitsvertrags der Tarifinhalt aufrücken.[5]) Es ist ein Grundgedanke unseres Zivilrechts, daß im Zweifel an Stelle nichtiger Vertragsteile die gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen. Nach Prenners Ansicht soll in diesem Fall ausnahmsweise dies Prinzip

---

[1]) Kohler, Arch. für bürgerl. R. XXIX, S. 140 ff.

[2]) Im selben Sinn sagt Baum: „Da eine Klassenmoral durch das bestimmt wird, was die betreffende Klasse als ihren Vorteil ansieht, so wird es in einem Kampfe, in dem die Interessen verschiedener Klassen aufeinander stoßen, nur verhältnismäßig recht wenige Punkte geben, wo die Klassenmoral ein Verhalten gegen die gegnerische Klasse als unsittlich brandmarkt". G.G. VIII. S. 17.

[3]) Beispiel: 25 Mk. Monatslohn einer 23jährigen Straußenfederarbeiterin bei 10½stündigr Arbeitszeit; dieser Arbeitsvertrag wurde für nichtig erklärt und die vom Unternehmer gegen die Arbeiterin wegen kündigungslosen Verlassens der Arbeit angestrengte Schadensersatzklage abgewiesen. G.G. Stuttgart in G.G. VI, 142.

Vgl. Oertmann: Hungerlöhne und Arbeitsvertrag, D.J.Z. 18. 254.

[4]) Heft 2 des „Arbeitsrechts", April 1914.

[5]) Ebenso auch gegen Prenner Oertmann, Schuldverhältnisse a. a. O. S. 670.

durchbrochen und an Stelle des nichtigen Arbeitsvertrags die Bestimmungen des Tarifvertrags gesetzt werden. Hier muß man sich die Parteiabsichten vergegenwärtigen:

Die Parteien schließen den tarifwidrigen Arbeitsvertrag nur wegen der Vorteile, die sie auf tarifmäßigem Wege nicht zu erlangen glauben; nur wegen dieser Vorteile nehmen sie das Risiko eines Tarifbruchs auf ihre Schultern. Hätten sie die Nichtigkeit ihres Vorhabens gekannt, so hätten sie sich schwerlich in Vertragsverhandlungen mit Personen eingelassen, die unter Umständen schon dadurch ihre grobe Unzuverlässigkeit bekunden, daß sie ohne zwingende Not ihren tariftreuen Kollegen in den Rücken fallen, also einen ausgesprochenen Vertragsbruch begehen. Wir geben zu, daß diese Absicht der Parteien allgemein nicht wert ist, durch die Rechtsordnung geschützt zu werden; aber solange keine positive Gesetzesbestimmung geschaffen ist, wäre es unangebracht, aus dem bloßen Zweck des Tarifvertrags die Berechtigung einer Ausnahme von dem oben erwähnten Prinzip abzuleiten.

Wenn man schon — was wir ablehnen — den tarifwidrigen Arbeitsvertrag unter dem Gesichtspunkt einer Sittenwidrigkeit betrachten will, müßte man in Anlehnung an § 139 B.G.B.[1]) bei Nichtigkeit des ganzen Vertrags, da dann für § 612 B.G.B.[2]) kein Platz ist, das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung anwenden[3]) und bei Nichtigkeit einer Einzelabrede insoweit die subsidiären Gesetzesbestimmungen, während der übrige Vertrag unberührt bleibt.

Also selbst, wenn man soweit gehen wollte, den tarifwidrigen Arbeitsvertrag stets, wie Prenner verlangt, als einen Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen, so ist nach positivem Recht das regelmäßige Aufrücken der Tarifnormen an Stelle dieser nichtigen Bestimmungen ausgeschlossen.

Außerdem, und das muß zum Schluß besonders nachdrücklich betont werden, würde es eine schwere Gefährdung der Arbeitsverhältnisse bedeuten, wenn man den tarifwidrigen Arbeitsvertrag als nichtig ansehen wollte. Denn während es der anerkannte Zweck des Tarifvertrags ist, eine möglichst umfassende Stetigkeit in die Arbeitsverhältnisse zu bringen, würde Prenners Theorie gerade das Gegenteil herbeiführen und den einen Kontrahenten des Arbeitsvertrags täglich vor die Möglichkeit setzen, daß der andere Vertragsgenosse in ihrem Vertrag eine Tarifwidrigkeit nachweist und damit seine Nichtigkeit herbeiführt. Besonders bei dem heutigen Umfang mancher Tarifverträge, die teilweise tausende von Positionen umfassen, würde dieses ungewisse Moment im Arbeitsverhältnis eine unerwünschte Rolle spielen können.

Unsere Ausführungen ergeben wohl zur Genüge, daß die praktische Anwendung des Begriffs der Sittenwidrigkeit auf tarifwidrige Arbeitsverträge sich nur in sehr engen Grenzen bewegen kann, und damit entfällt auch ihre Brauchbarkeit zum Beweis für die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags.

---

[1]) „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

[2]) „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

[3]) Bes. betreffs des Lohns wäre lediglich der übliche Geldwert der Arbeitsleistung zu entrichten gemäß § 818, Abs. 2 B.G.B.: „Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, . . . so hat der Empfänger den Wert zu ersetzen."

§ 7.

In der Rechtsprechung.

In unserer ganzen Rechtsprechung ist das G.G. München das einzige Gericht, welches die soeben von uns abgelehnte Auffassung vertritt. Die gedruckte Judikatur enthält hierüber nur eine Entscheidung, der folgender Tatbestand zugrunde lag:[1])

> Der Redakteur des „Deutschen Herold" stellte einen nichtverbändlerischen Buchdrucker mit Mk. 12.— Wochenlohn an; nach 4 Tagen entließ er ihn jedoch schon wieder wegen ungenügender Leistungen. Der Buchdrucker erhielt aus Versehen 12 Mk. ausgezahlt, klagte jedoch 36 Mk. Lohn ein, weil die Kündigungsfrist von 14 Tagen nicht eingehalten sei. Dem Klagantrag gab das Gericht statt mit der Begründung, daß „derartige Verträge, als gegen anerkannte Tarife gemacht, unzulässig seien und gegen die guten Sitten verstößen".

Wenn man auch unter Umständen soweit gehen könnte, einen Tageslohn von 2 Mk. für die Arbeit eines Buchdruckers als sittenwidrig zu bezeichnen, so würde doch in der von Prenner geforderten Allgemeinheit das Aufrücken des Tarifinhalts an Stelle dieses nichtigen Vertrags nach geltendem Recht ungerechtfertigt sein. Gewiß kann unter Umständen bei der Anstellung eines Arbeitnehmers zu einem Hungerlohn diese Einzelabrede sittenwidrig und somit nichtig sein und dann nach § 612 B.G.B. Platz werden für die übliche Vergütung, als welche ja sehr häufig die Tariflöhne angesehen werden können, sobald der persönliche Geltungsbereich des Tarifvertrags einen gewissen Umfang erreicht hat.[1]) Aber der Forderung Prenners, daß jeder tarifwidrige Arbeitsvertrag als nichtig anzusehen ist, müssen wir entschieden widersprechen.

Geßler hat auf dem 29. Deutschen Juristentag dargelegt, daß das G.G. München mit dieser Handhabung der Unabdingbarkeit keine guten Erfahrungen gemacht hat. Diese Theorie wird auch in einer ganzen Reihe von Urteilen ausdrücklich als unbrauchbar verworfen, z. B. vom G.G. Rathenow[3]) und vom G.G. Berlin,[4]) welches erklärt, daß das „Gesetz einen derartigen Nichtigkeitsgrund nicht kennt, und daß durch Privatabreden eine künftige Erklärung nicht für nichtig erklärt werden kann".

Literatur und Judikatur, bis auf München, sind sich also darüber einig, daß Prenners Auffassung unmöglich ist.

[1]) behandelt im Korrespondent für Deutschlands Buchdrucker u. s. w. Nr. 8, 42. Jahrg. 21. I. 04.
[2]) vgl. hierzu die oben S. 10 Anm. 1 zitierte Judikatur.
[3]) 14. III. 12. G. G. XVIII, 9.
[4]) R. A. Bl. II Nr. 1, S. 63 ff.

III. Abschnitt.

Aus der Lehre von der obligatorischen Funktion des Tarifvertrags.

§ 8.

Einleitung.

Lotmar hat ganz richtig erkannt, daß die automatische Wirkung zum eigentlichen Wesen des Tarifvertrags gehört; aber wenn er meint, daß bei Ablehnung der Unabdingbarkeit durch das geltende Recht das ganze Tarifwesen in ein Nichts zusammenfällt,[1]) so ist ihm in diesem Punkte zu widersprechen. Denn Lotmar übersieht, daß das Ziel, tarifwidrige Arbeitsver-

[1]) A.-V. S. 780; s. auch T.-V. S. 110: „Dieser Effekt (nämlich die Unterdrückung tarifwidriger Sonderverträge) kann rechtlich anders nicht erreicht werden, als daß jene Arbeitsverträge als tarifvertragsmäßig geschlossen behandelt werden, auch wenn die Parteien einen vom T.-V. abweichenden Inhalt aufgenommen haben".

träge nach geltendem Recht hintanzuhalten, außer auf dem Wege der Unabdingbarkeit auch dadurch erreicht werden kann, daß die Rechtsordnung ein tarifwidriges Vorgehen als eine Vertragsverletzung ansieht, aus welcher dem Verletzten gewisse Ansprüche erwachsen.

Diese Auffasung, die auf Grund der schuldrechtlichen Funktion des Tarifvertrags den Abschluß eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags als einen den Tarifbrecher verhaftenden Vertragsbruch ansieht, soll uns in diesem Abschnitt beschäftigen. Um über die Wirksamkeit tarifwidriger Arbeitsverträge sprechen zu können, müssen wir uns zunächst vergegenwärtigen, worin das tarifgemäße Verhalten der Beteiligten besteht.

Der Tarifvertrag enthält außer der bereits erwähnten normativen Funktion, kraft deren die Tarifnormen bei entsprechendem Vorgehen der Parteien zum Inhalt des Arbeitsvertrags werden, noch eine obligatorische Funktion, die die Parteien zur Einhaltung der Tarifnormen verpflichtet. Der Tarifinhalt ist nicht, wie Lotmar verlangt, zwingend, wohl aber erzwingbar.[1])

Diese Auffassung von dem schuldrechtlichen Wesen des Tarifvertrags lag unserm üblichen juristischen Denken nicht,[2]) da wir bei der Beurteilung der Lebensvorgänge zu sehr von einer individualistischen Betrachtungsweise auszugehen pflegten. „Für unser juristisches Denken spielt sich unser wirtschaftliches und soziales Leben noch ganz unter dem Gesichtspunkt des frei und unabhängig wirtschaftenden Einzelmenschen ab. Immer ist es der A, der mit dem B einen Kaufvertrag, einen Mietvertrag usw. abschließt.“[3]) Unserer Denkweise war es etwas Neues, daß bei einem Vertrag, wie hier bei dem Tarifvertrag, begrifflich auf der einen Seite stets eine Mehrheit auftritt, deren Koalitionsrecht noch obendrein eine recht ungefaßte Materie darstellt. Wenn demnach auch noch gewisser Widerstand[4]) gegen die schuldrechtliche Auffassung des Tarifvertrags zu konstatieren ist, so kann letztere doch wohl als die herrschende Lehre bezeichnet werden.

Es ist nicht der Zweck dieses Abschnitts, eine umfassende Darstellung der schuldrechtlichen Seite des Tarifvertrags zu geben,[5]) vielmehr haben wir uns als Endziel unserer Untersuchung die Spezialfrage nach der Wirksamkeit tarifwidriger Arbeitsverträge vor Auge zu halten. Wir werden deshalb aus unserer Betrachtung die sogenannte „Friedenspflicht“ ausscheiden, welche der Tarifvertrag der Arbeiterberufsvereinigung gegenüber der Unternehmerorganisation auferlegt.

Außerdem erwächst aus dem Tarifvertrag der Arbeiterorganisation und — wenn auch auf der Gegenseite ein Verband als Partei auftritt — der Unternehmervereinigung gegenüber der gegnerischen Organisation eine positive Leistungspflicht, dahingehend, daß die Organisationen ihren

---

[1]) Wenn in den Beitr. Stat. Amt, Bd. II, S. 260, als Ausdruck der von den Parteien gewollten Unabdingbarkeit z. B. der Satz aus einem T.-V. zitiert wird: „„Sämtliche Beteiligte verpflichten sich zur genauen Innehaltung des Tarifs“, so kann u. E. dieser Satz mit größerem Recht für unsere Auffassung von der obligatorischen Funktion des T.-V. in Anspruch genommen werden.

[2]) Hierüber vgl. des Näheren Sinzheimer II, S. 94.

[3]) So Sinzheimer II, S. 98, dessen vortreffliche Ausführungen dem obigen Abschnitt zum großen Teil zugrunde liegen.

[4]) Burchardt a. a. O. S. 84, 86; Leo, a. a. O. S. 437 ff.; Beitr. Stat. Amt Bd. I, S. 72.

[5]) Eine solche findet sich in den anerkannten Ausführungen Sinzheimers, II, S 92 ff.

ganzen Einfluß in der Richtung geltend machen, daß Abschlüsse tarifwidriger Arbeitsverträge durch ihre Mitglieder unterbleiben.

Kraft der von Sinzheimer sogenannten „sozialrechtlichen" Funktion liegt ferner außerhalb des Tarifvertrags den Arbeitnehmern gegenüber ihrer Organisation, nicht etwa gegenüber den Arbeitgebern, die Pflicht auf, den Abschluß tarifwidriger Arbeitsverträge zu unterlassen. Verstoßen sie gegen diese Pflicht, so liegt hier insofern ein handgreiflicher Mangel vor, als die Koalitionsparagraphen der Arbeiterorganisation in diesem Punkte Rechtsmittel vorenthalten und sie somit auf den Gebrauch psychologischer Mittel verweisen. Das ist ein empfindlicher Fehler auch vom Standpunkt der Arbeitgeberorganisation; denn auch diese hat ein großes Interesse an einer möglichst weitgehenden rechtlichen Durchführbarkeit der Tarifverpflichtungen, die aber in einem wichtigen Punkte versagt, wenn die Arbeiterorganisation bei ihrer Pflicht, ihre Mitglieder zur Einhaltung des Tarifvertrags anzuhalten, von der Rechtsordnung im Stich gelassen wird und nur mit organisatorischen Maßnahmen, wie Unterstützungsverweigerung, Ordnungsstrafen und Ausschluß aus der Organisation, gegen ihre tarifuntreuen Mitglieder vorgehen kann.

Der seltenere Fall des sogenannten „mehrgliederigen" Tarifvertrags, der abgeschlossen ist entweder von einem Arbeitgeber und mehreren Arbeiterberufsvereinen, oder zweitens von mehreren Arbeitgebern und einem Arbeiterberufsverein oder drittens von mehreren Arbeitgebern und mehreren Arbeiterberufsvereinen, und die ihm entspringenden Rechte und Pflichten sind von Sinzheimer[1]) einer Untersuchung unterzogen worden, auf dessen Ausführungen wohl verwiesen werden darf.

Im folgenden werden wir uns zuerst die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens zu vergegenwärtigen haben und im Anschluß daran unsere Hauptfrage zu beantworten suchen: welche Folgen knüpft die Rechtsordnung an die Verletzung dieser Pflicht?

§ 9.

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, jedes Verhalten zu unterlassen, das im Widerspruch steht zu der Arbeitsnorm. Die Aufassung, daß es sich hier um eine obligatio ad omittendum und nicht um eine positive Leistungspflicht handelt, ist die in der Literatur weitaus herrschende Auffassung[2]) Die gegenteilige, von nur wenigen Schriftstellern[3]) vertretene Ansicht wird in klaren Ausführungen eingehend widerlegt durch Sinzheimer.[4]) Im einzelnen charakterisiert sich die Unterlassungspflicht folgendermaßen:

Der Arbeitgeber soll tarifwidrige Arbeitsverträge weder abschließen

---

[1]) Bd. II, S. 291 ff.

[2]) z. B. Baum, Gruchots Beitr. a. a. O. S. 267. Lotmar, T.-V. S. 98. Oertmann, Lehre vom T.-V., a. a. O. Potthoff, a. a. O. S. 143. Rundstein, R.Wiss. S. 67. Zeitler, a. a. O. S. 53 ff. Weigelt, Zur rechtlichen Bedeutung des T.-V. S. 48. — Wölbling, A.-V. u. T.-V. S. 315, unterscheidet bei den Bestimmungen des T.-V. fünf Gruppen, die seiner Ansicht nach zum Teil negative, zum Teil positive Verpflichtungen enthalten (a. a. O. S. 366). Ebenso nimmt Enneccerus I, 2, S. 408, teilweise positive Leistungspflicht und teilweise Unterlassungspflicht an.

[3]) Köppe, a. a. O. S. 102, Schall, a. a. O. S. 87 ff.

[4]) Bd. II, S. 106 ff., dessen Ausführungen unserem obigen Abschnitt die Richtung geben.

noch fortsetzen, er soll tarifwidrige Arbeitsordnungen weder erlassen noch aufrecht erhalten. Daß er ferner an einem bestehenden Arbeitsvertrag und an einer bestehenden Arbeitsordnung keine tarifwidrigen Aenderungen vornehmen darf, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Wenn wir bei dieser Konkretisierung der Unterlassungspflicht sprechen von der Verpflichtung des Arbeitgebers, tarifwidrige Arbeitsverträge und Arbeitsordnungen nicht fortbestehen zu lassen, so ist in diesem Fall eine Erfüllung der Unterlassungspflicht ohne Vornahme positiver Handlungen nicht möglich. Wir müssen deswegen zugeben, daß man hier nicht von einer „echten" Unterlassungspflicht reden kann, sondern, wie Lehmann[1]) sich ausdrückt, von einer „mit positiven Pflichten kombinierten negativen Pflicht."

Daß der Arbeitgeber nicht etwa verpflichtet ist, Arbeitsverträge in Uebereinstimmung mit dem Tarifvertrag abzuschließen, ist unbestreitbar; denn die Notwendigkeit, etwas nicht zu tun, besteht nicht in der Notwendigkeit des Tuns.[2]) Die Statuierung einer solchen Verpflichtung zum Abschluß normgemäßer Arbeitsverträge würde ja auch mit andern Worten den Arbeitnehmern das viel erörterte „Recht auf Arbeit" einräumen, wie es keineswegs von den Tarifkontrahenten beabsichtigt, noch von der Rechtsordnung zugelassen ist.[3])

Vielmehr kann der Arbeitgeber seiner Unterlassungspflicht auf doppelte Weise genügen: entweder verhält er sich völlig passiv, schließt also überhaupt keine Arbeitsverträge ab, oder aber, wenn er (— was völlig in seinem freien Belieben steht —)[4]) Arbeitsverträge abschließt, dann gibt er ihnen pflichtgemäß den Tarifinhalt.

Die Unterlassungspflicht des Unternehmers bedeutet also die Pflicht, die Eingehung eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags zu unterlassen. Sobald der Arbeitgeber einen tarifgemäßen Arbeitsvertrag geschlossen hat, findet auch die Unterlassungspflicht desselben in gewissem Sinne ihre Grenzen. Mit andern Worten: die Verpflichtung des Arbeitgebers, tarifwidriges Verhalten zu unterlassen, geht de lege lata nicht so weit, daß sie gleichzeitig den Arbeitgeber zur vertragsgemäßen Erfüllung des tarifmäßig geschlossenen Arbeitsvertrags verpflichtet.[5]) So einleuchtend dieser Gedankengang ist, so hat es doch erst der verdienstvollen Ausführungen Lotmars[6]) bedurft, um diese Unterscheidung festzustellen, die für die Auffassung von der Geltendmachung der Rechte aus dem Tarifvertrag hochwichtig ist.

---

[1]) Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht 1906, S. 17, vgl. Oertmann Schuldverhältnisse a. a. O. S. 14, ferner Zeitler, a. a. O. S. 94.

[2]) Lehmann, a. a. O. S. 237.

[3]) Wenn es daher in einem bei Sinzheimer, II, S. 106 ff., zitierten T.-V. heißt: „Der T.-V. verpflichtet die Mitglieder des deutschen Buchdruckervereins, nur solche Gehilfen anzustellen, die dem Verband der deutschen Buchdrucker angehören", so enthält diese Bestimmung trotz ihrer positiven Fassung eine Unterlassungspflicht „unter der Maske von Ansprüchen auf ein Tun", vgl. die bei Sinzheimer a. a. O. zitierten Schriftsteller.

[4]) Vgl. Lotmar, T.-V. S. 99. Rundstein, R.Wiss. S. 66.

[5]) In vielen Fällen, in denen der einzelne Arbeiter nur deshalb seine Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag nicht geltend macht, weil er daraufhin die Entlassung fürchtet oder die einzelnen Tarifpositionen nicht kennt, kann dadurch für seine Organisation ein genau so großer Schaden entstehen, wie durch einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag. Dieser Gedankengang hat in einigen gesetzgeberischen Versuchen romanischer Länder zu einem Interventionsrecht der Arbeiterorganisationen zu Gunsten der Geltendmachung der ihren Mitgliedern zustehenden Tarifansprüche geführt. (Vgl. Sinzheimer II, S. 220.)

[6]) Vgl. T.-V. S. 102 ff; ebenso Rundstein R.Wiss. S. 200.

§ 10.

Einwände gegen die Rechtsgültigkeit dieser Pflicht. [1])

Gegen die Auffassung von der Unterlassungspflicht des Unternehmers sind eine Reihe von Einwänden erhoben worden, deren keiner stichhaltig ist.

Zunächst hat man den § 152 Abs. II Gew.O.[2]) als Beweis dafür herangezogen, daß es der Arbeitnehmerorganisation unmöglich sei, die aus dem Tarifvertrag fließende Verpflichtung des Unternehmers rechtlich geltend zu machen. Diese Auffassung konnte sich seiner Zeit berufen auf eine, später wieder aufgegebene Entscheidung des Reichsgerichts,[3]) sowie auf verschiedene Stimmen in der Literatur.[4]) Von der Mehrzahl der Schriftsteller[5]) ist jedoch mit Recht erkannt worden, daß von einer Koalition nur zwischen solchen Personen die Rede sein kann, die durch gleiche Interessen verbunden sind, also nur entweder zwischen Arbeitnehmern oder zwischen Arbeitgebern. Eine Koalition zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern wäre ein Unding.

Ferner wird der Tarifvertrag nicht geschlossen zum Zweck der „Erlangung" günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, sondern zum Zweck der „Festsetzung" von Bedingungen, die bereits erlangt worden sind durch vorherige Verhandlungen. Außerdem hat auch der Gesetzgeber, wie der Wortlaut des § 152, Abs. I Gew.-O. ergibt,[6]) an Kampfmittel gedacht, während der Tarifvertrag doch ein ausgesprochenes Friedensinstrument sein soll. Von dem Gesichtspunkt der Koalition aus kann also der aus dem Tarifvertrag entspringenden Unterlassungspflicht des Unternehmers die rechtsverbindliche Wirkung nicht abgesprochen werden.

Einen weiteren Einwand versuchte man aus dem Gedanken herzuleiten, daß der Arbeiterberufsverein überhaupt kein rechtschutzwürdiges Interesse an einer solchen Verpflichtung des Unternehmers habe,[7]) da er ja nicht in seinen eigenen materiellen Interessen durch die Tarifwidrigkeit gestört werde. Dieser Einwand ist nicht durchschlagend aus doppeltem Grunde: einmal genügt ja, damit die Rechtsordnung ihren Schutz verleiht, nicht nur ein ökonomisches Interesse,[8]) sondern jedes in der Rechtssphäre liegende Interesse.[9]) Und behaupten zu wollen, daß die Arbeitnehmer-

---

[1]) Zusammenhängend dargestellt bei Sinzheimer II, S. 123 ff.

[2]) „Jedem Teilnehmer (einer Vereinigung zum Behuf der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen) steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei, und es findet aus letzteren weder Klage noch Einrede statt".

[3]) R.G. III. Strafsenat, 30. April 03.

[4]) Burchardt, a.a.O. S. 86. Schmelzer, Tarifgemeinschaften 1906, S. 120 ff.

[5]) Baum, Der kollektive Arbeitsvertrag vor dem R.G., in G.G. IX, S. 233. Lotmar, A.-V. S. 770 ff. Schalhorn, Soz. Prax. XIII, 1010 ff. 966. v. Schulz Das R.G. wider die T.V., Brauns Arch. XX, S. 362 ff. Sinzheimer I, S. 105 sub II.

[6]) „. . . Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittelst Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter."

[7]) Derselbe Gedanke, von dem aus der niederländische Juristentag 1905 einen besonderen gesetzgeberischen Ausspruch wünschte, damit der T.-V. als ein rechtsgültiger Vertrag angesehen werden könnte. vgl. v. Zanten, Soz. Prax. XV, S. 4.

[8]) Denn unsere Rechtsordnung kennt nicht mehr den römischen Satz: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. L. 9. § 2, Dig. de statu lib. 40, 7.

[9]) So auch Staudinger, a.a.O. II, 1, S. 12: „. . . so muß . . . angenommen werden, daß nach dem B.G.B. auch Schuldverhältnisse über Leistungen ohne Vermögenswert begründet werden können". Ebenso Enneccerus I, 2 § 225, II, 2.

organisation nicht einmal ein ideelles Interesse an der Verpflichtung des Arbeitgebers habe, würde eine Verkennung des inneren Daseinszwecks des Tarifvertrags bedeuten, denn das, was die Arbeitnehmerorganisation zur Ahndung tarifwidrigen Verhaltens veranlaßt, ist die Fürsorge für die Verbesserung der Lage ihrer einzelnen Berufsangehörigen.

Man hat ferner, verleitet durch eine falsche Auffassung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit, diese letztere gegen die verpflichtende Wirkung des Tarifvertrags ins Feld geführt. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit besagt aber doch nur, daß die Behörden lediglich in den ausdrücklich durch das Gesetz zugelassenen Fällen den, im übrigen in der Ausübung seines Gewerbes unabhängigen, Bürger beschränken dürfen. Aber warum es unzulässig sein soll, daß der Gewerbetreibende sich selbst durch privatrechtlichen Vertrag Schranken auferlegt, ist nicht erwiesen.[1])

Des weiteren hat man behauptet, eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens verstoße gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit, der für den Arbeitsvertrag im § 105 Gew.O. ausdrücklich ausgesprochen ist. Es ist unmöglich, zu bestreiten, daß tatsächlich die Vertragsfreiheit der Tarifparteien beim Abschluß des Arbeitsvertrags beschränkt ist. Aber diese Beschränkung ist nur ein Ausfluß des Prinzips der Vertragsfreiheit, demgemäß sich der Arbeitgeber freiwillig im Tarifvertrag dieser Beschränkung unterworfen hat. Die durch § 105 gewährleistete Freiheit der Uebereinkunft bei Abschluß des einzelnen Arbeitsvertrags ist also mit andern Worten nur zeitlich verschoben auf die Zeit des Abschlusses des Tarifvertrags, aber damit doch keineswegs aufgehoben. Sinzheimer[2]) drückt sich treffend dahin aus, daß jeder Vertrag insofern eine Beschränkung der Vertragsfreiheit bedeutet, als er „alle zukünftigen Willenswirkungen zugunsten des einmal in dem Vertrag ausgesprochenen Willens festlegen will".

Schließlich wäre noch der Einwand zu untersuchen, der in der Verpflichtung des Arbeitgebers einen Verstoß gegen die guten Sitten sieht. So allgemein ist dieser Einwand natürlich zu weitgehend; jedoch ließe sich ein Einzelfall denken, der dem vom Reichsgericht in einem Fall der Konkurrenzklausel angelegten Maßstab unterfallen würde. Hiernach würde der Tarifvertrag sittenwidrig sein, wenn er „zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit, insbesondere zur wirtschaftlichen Vernichtung des Verpflichteten[3]) führen, oder aber Bestimmungen in ihm enthalten sein würden, die als eine Gefährdung allgemeiner Interessen[4]) betrachtet werden müßten." Von den zur Zeit existierenden Tarifverträgen dürfte aber wohl kaum ein einziger von diesem Gesichtspunkt aus als sittenwidrig bezeichnet werden können.[5])

Dieser Teil unserer Untersuchung ergibt das Resultat, daß die Pflicht des Arbeitgebers eine gültige Rechtspflicht ist, und zwar eine einfache Unterlassungspflicht, als deren alleiniger Gläubiger die Arbeitnehmerorganisation anzusehen ist. Wir schließen uns der Beweisführung Sinz-

---

[1]) So auch R.G. 2, 119. 28, 244; vgl. ferner die weiteren Zitate bei Sinzheimer II, S. 124.
[2]) B. II, S. 125.
[3]) R.G. 53, 156.
[4]) R.G. 28, 238 ff.
[5]) so auch Sinzheimer, II, 124.

heimers[1]) an, nach der die von verschiedenen Schriftstellern[2]) vertretene Auffassung des Tarifvertrags als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 ff. B.G.B. auf Abwege führt.

Nachdem wir nunmehr das Vorliegen einer Rechtspflicht festgestellt haben, steht uns im folgenden die Untersuchung bevor, wie die Arbeitnehmerorganisation diesen ihren Anspruch rechtlich durchführen kann.

§ 11.

Die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht.

Verstößt der Arbeitgeber gegen die besagte Unterlassungspflicht, so pflegen die Arbeitnehmerorganisationen häufig mit sozialer Selbsthilfe, besonders mit Streiks, vorzugehen. Außerdem stehen der Organisation eine Reihe von Rechtsansprüchen zu. Die Begründung dafür, daß die Arbeiterorganisationen gegen die Vertragsverletzung des Unternehmers mehr mit den Mitteln der Macht, als auf dem Wege des Rechts vorgehen, sucht Potthoff[3]) einerseits „in der Prozeßunfähigkeit eines nichtrechtsfähigen Vereins, andererseits in der Neuheit und Ungewohntheit dieses Anspruchs und in der Scheu unserer Arbeiter vor den ordentlichen Gerichten". Die Rechtsansprüche[4]) der Arbeitnehmerorganisation bestehen in folgendem:

I. Die Pflicht des Arbeitgebers besteht in der Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens. Nun hat ohne Zweifel die Arbeitnehmerorganisation, nicht etwa der einzelne Arbeiter, einen dahingehenden Erfüllungsanspruch, aber wie ist dieser rechtlich zu fassen? Etwa dahin, daß der Arbeitgeber verurteilt werden solle, unter Aufhebung des tarifwidrigen Inhalts der Arbeitsverträge den Tarifinhalt aufrücken zu lassen? So wünschenswert diese Formulierung an sich im Tarifinteresse sein könnte,[5]) so wenig ist sie doch nach geltendem Recht zulässig, denn der Unternehmer ist ja überhaupt nicht verpflichtet, Arbeitsverträge mit bestimmtem Inhalt einzugehen.[6]) Nur wenn dies der Fall wäre, könnte man dem Anspruch auf Herstellung eines tarifgemäßen Arbeitsvertrages praktischen Wert zusprechen.

Oder kommen wir vielleicht zum Ziel, wenn wir den Erfüllungsanspruch dahin formulieren, daß der Unternehmer zur Kündigung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags verurteilt werden solle? Aber auch diese Fassung würde den Unternehmer in seiner Dispositionsfreiheit unzulässig beschränken. Denn es steht ja unter Umständen völlig in seiner Hand, seiner Unterlassungspflicht außer durch Auflösung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags auch dadurch zu genügen, daß er den tarifwidrigen Inhalt des Arbeitsvertrags durch die Tarifnormen ersetzt; und dieser letztere Weg würde dem Arbeitgeber verbaut, wenn man den Erfüllungsanspruch der Arbeitnehmerorganisation auf Aufhebung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags richten wollte.

---

[1]) II, S. 138 ff.

[2]) Prenner, a. a. O. 183 ff.; Oertmann, Lehre vom T.-V. 19 ff.; Schall, a. a. O. 141. — Dagegen Rundstein, R. Wiss. S. 130 und Streitfragen, S. 57 ff.; Köppe, a. a. O. S. 122.

[3]) a. a. O. S. 143.

[4]) diese sind z. B. untersucht worden von Baum, Gruchots Beitr. a. a. O. Enneccerus, I, 2. S. 408. Oertmann, Lehre vom T.-V. S. 14. Schall, a. a. O. S. 101 ff. und Sinzheimer, dessen anerkannte Ausführungen der Untersuchung im folgenden als Richtschnur dienen.

[5]) Schall vertritt sie de lege lata.

[6]) S. insbes. Oertmann, Lehre vom T.-V. S. 14.

Nun ist man auf den naheliegenden Gedanken gekommen, hier demnach eine Alternativobligation (§ 262 ff. B.G.B.) anzunehmen und den Erfüllungsanspruch dementsprechend dahin zu fassen, daß der Unternehmer entweder den tarifwidrigen Arbeitsvertrag auflösen oder ihn tarifgemäß umgestalten solle.[1]) Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Verkennung desjenigen, was vom Unternehmer geschuldet wird: die Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens. Die Handlungen, die er zur Erfüllung dieser Unterlassungspflicht vornehmen muß, sind nur Folgen dieser Pflicht, sind aber nicht selbst in obligatione.[2])

Richtiger Ansicht nach hat die Arbeitnehmerorganisation ihren Erfüllungsanspruch dahin zu fassen, daß der Unternehmer den tarifwidrigen Arbeitsvertrag zu beseitigen habe.[3]) Ob der Unternehmer dann zur Erfüllung dieser Pflicht den tarifwidrigen Arbeitsvertrag auflöst oder tarifgemäß abändert, hängt von den Umständen und sowohl vom Belieben des Unternehmers, als auch von der Bereitwilligkeit der Arbeitnehmerorganisation ab, sich auf eine tarifgemäße Abänderung der Arbeitsverhältisse einzulassen. Dieser Weg, den Unternehmer zum tarifgemäßen Verhalten zu veranlassen, ist aber umständlich, da hierzu stets eine besondere Klage notwendig ist.

Eine recht glückliche Fassung des Urteilstenors schlägt Sinzheimer[4]) vor, „den Arbeitgeber zu verurteilen, das normwidrige Arbeitsverhältnis nicht fortzusetzen, bis ein normgemäßer Inhalt des Arbeitsverhältnisses erreicht ist." Eine solche Redaktion des Urteilstenors läßt in geschickter Weise dem Unternehmer beide Möglichkeiten, sowohl der Auflösung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags als seiner Abänderung im Tarifsinn, offen.

II. Im praktischen Leben hat die Arbeitnehmerorganisation in manchen Fällen ein großes Interesse, in Zukunft tarifwidriges Verhalten auf seiten des Unternehmers zu verhüten. Man braucht z. B. nur zu denken an den öfters vorkommenden Fall, daß der Arbeitgeber bei Erhebung der Klage gegen ihn das tarifwidrige Verhalten einstellt, aber unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er demnächst eine erneute Verletzung des Tarifvertrags begehen wird.

In diesem Fall könnte man denken an die Feststellungsklage des § 256 ZPO. Ein rechtliches[5]) Interesse der Arbeitnehmerorganisation an schon jetzt erfolgender Fesstellung ließe sich schon begründen. Aber da dem auf diese Feststellungsklage hin ergehenden Urteil keine Vollstreckbarkeit innewohnt, kommt diese Klage hier nicht in Betracht. Einen sicheren Schutz bildet lediglich eine Klage gegen den Unternehmer auf Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens in der Zukunft,[6]) eine Klage, die je nach den besonderen Umständen zu konkretisieren ist.

III. Des weiteren steht der Arbeiterorganisation, nicht etwa dem einzelnen Arbeiter, ein Schadensersatzanspruch gegen den am Tarifvertrag beteiligten Arbeitgeberverband, nicht etwa gegen dessen einzelne Mitglie-

---

[1]) „Der Anspruch geht lediglich auf Nichtfortsetzung der tarifwidrigen Arbeitsverhältnisse, nicht, auch nicht alternativ, auf Herstellung der Tarifmäßigkeit; denn es besteht keine, auch keine alternative Kontrahierungspflicht", Enneccerus I, 2. S. 408, ebenso Köppe a. a. O. S. 109.

[2]) Vgl. Sinzheimer II. S. 187. Zeitler a. a. O. S. 113.

[3]) II. S. 226.

[4]) II, S. 188.

[5]) nach R.G. 35. 392 und 49. 373 genügt sogar ein ökonomisches Interesse.

[6]) So auch z. B. Köppe a. a. O. S. 110; ferner die bei Sinzheimer II S. 192 zitierte Literatur.

der, zu. Wenn der Unternehmer das Forderungsrecht der Arbeitnehmerorganisation verletzt, so begeht er damit eine vom B.G.B. nicht geregelte positive Vertragsverletzung, denn als eine von den beiden einzigen, gesetzgeberisch behandelten Fällen der Forderungsverletzungen, nämlich Unmöglichkeit der Leistung und Verzug, kann man dies Verhalten nicht ansehen.[1]) Seit Staubs[2]) verdienstvollen Ausführungen, die auch das Reichsgericht gebilligt hat, wird in diesem Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht der § 326 B.G.B. analog angewendet.

Nach diesem Grundsatz kann die Arbeitervereinigung Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, wenn durch die positive Vertragsverletzung (und hier genügt nach Literatur[3]) und Judikatur sogar schon eine bloße Erfüllungsverweigerung) die Erreichung des Tarifzwecks gefährdet ist, infolge eines gewissen persönlichen oder zeitlichen Umfangs der Tarifwidrigkeit.

Der Schaden, dessen Ersatz die Arbeitervereinigung beanspruchen kann, ist lediglich der wirtschaftliche, denn ein ideeller Schaden wird nach geltendem Recht gemäß § 253 B.G.B. nur in zwei Fällen ersetzt. Oertmann nimmt aus diesem Grunde an, daß dem Schadensersatzanspruch im Falle eines tarifwidrigen Arbeitsvertrags kein großer praktischer Wert beizulegen ist, da ein tarifwidriger Arbeitsvertrag im großen und ganzen nur eine ideelle Schädigung bedeutet. Den Untersuchungen Schalls über das Problem der Liquidation fremden Interesses[4]) verdanken wir den Nachweis, daß die Arbeiterorganistion nicht nur den ihr erwachsenen Schaden liquidieren kann, sondern auch den Schaden ihrer einzelnen Mitglieder.

Wegen der Schwierigkeit, die Kausalität zwischen der Tarifwidrigkeit des Unternehmers und einer hieraus entstandenen Schädigung der gegnerischen Organisation nachzuweisen, wird ein Schadensersatzanspruch in praxi nur selten zum Erfolg führen. Auch Enneccerus[5]) vertritt die Ansicht, daß es an einem nachweisbaren Vermögensschaden meist fehlen werde. Oder es müßte denn schon sein — ein Weg, der sehr empfehlenswert, aber bisher noch nicht recht üblich ist —, daß die Arbeiterorganisation sich eine Konventionalstrafe[6]) ausbedingt, die ihr gemäß § 340 B.G.B. verfallen soll, wenn der Arbeitgeber seiner Unterlassungspflicht nicht genügt.[7])

Die Tatsache, daß es dem Unternehmer bei tarifwidrigem Verhalten der Arbeitnehmer aus tatsächlichen Gründen stets leichter sein wird, einen größeren Schaden nachzuweisen, als im umgekehrten Fall der Arbeiterorganisation, hat mit Recht die Empfindung wachgerufen, daß es nicht gerechtfertigt sei, unter Umständen eine leistungsfähige Arbeiterorganisation mit ihren hohen Kulturaufgaben wegen tarifwidrigen Verhaltens mit einem

---

[1]) Enneccerus, I, 2. S. 151, sagt zwar, daß die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht die Erfüllung der Forderung ganz oder teilweise unmöglich macht, und demnach die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung unmittelbar zur Anwendung kommen müßten.

[2]) Hauptschrift: Positive Vertragsverletzung 1904.

[3]) Enneccerus, I, 2. S. 151. Sinzheimer, II, S. 195. Staub a. a. O. S. 50.

[4]) a. a. O. S. 134 ff. Dagegen z. B., mit u. E. unzureichender Begründung, Zeitler a. a. O. S. 115.

[5]) a. a. O. I, 2. S. 408.

[6]) Ueber ihre Zulässigkeit vgl. v. Schulz, Soz. Prax. XII 1050 A. 5; dagegen leider, wenn auch ziemlich alleinstehend, das R.G.; vgl. Mittlg. d. G.G. Berlin, Soz. Prax. XV. S. 50 ff.

[7]) s. z. B. § 5 des Vertrags der Deutschen Buchdrucker vom Oktober 1906.

Schlage materiell zu vernichten, während dem Unternehmer wegen desselben Verhaltens nur verhältnismäßig kleine Schadensersatzsummen abgenommen werden können. Daher wird von vielen Seiten[1]) eine Beschränkung der Schadensersatzsumme für beide Teile auf eine fest bestimmte, mäßige, an den Nachweis des Schadens nicht geknüpfte Buße verlangt. Diesen Wunsch können wir nur lebhaft befürworten, besonders von der Erwägung aus, daß die Furcht vor der Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs manche Gewerkschaft davon abhalten könnte, sich überhaupt auf die Tarifverträge einzulassen.

IV. Dieselben Gründe, die nach den vorstehenden Ausführungen auf Grund analoger Anwendung des § 326 die Arbeiterorganisation zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen berechtigen, geben ihr nach § 326 die Befugnis zum gesetzlichen Rücktritt, wenn eine solche nicht schon im Vertrag vorgesehen ist. Jedoch muß betont werden, daß ein von einer Partei begangener Tarifbruch der Gegenpartei noch lange nicht stets das Recht gibt, o h n e w e i t e r e s vom Tarifvertrag zurückzutreten, selbst wenn die tarifuntreue Partei an sich Anlaß dazu gegeben haben sollte. Ein Rücktritt ohne Fristsetzung ist vielmehr nur dann möglich, wenn nach dem Verhalten des Tarifbrechers der Gegner überhaupt kein Interesse mehr an der Erfüllung des Tarifvertrags hat.[2]) Dies mußte hervorgehoben werden, da die Tarifpraxis durch zahlreiche Beispiele gelehrt hat, daß sich manchmal die Gewerkschaften bei einer Verletzung des Tarifvertrags durch die Unternehmer auch ihrerseits ohne weiteres als vom Tarifvertrag entbunden betrachten.

Durch Geltendmachung dieses Rücktrittsrechts erhalten beide Parteien, da das alte Vertragsverhältnis gänzlich, also resolutiv, beseitigt ist, ihre alte Dispositionsfreiheit zurück. Auch dieser Weg des Rücktrittsrechts kann bedenklich sein, da seine Zulässigkeit abhängt von dem Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung. Nimmt die Arbeitervereinigung irrtümlicher Weise das Vorliegen einer solchen an, und verletzt sie demnach, wie sich im späteren Urteil herausstellt, ungerechtfertigter Weise ihre Tarifpflicht, so hat sie die schweren Folgen dieses Schritts zu tragen.

V. Der Tarifvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag,[3]) denn in ihm übernimmt die eine Partei die Tarifpflicht, weil die Gegenpartei ebenfalls die Erfüllung ihrer Tarifpflicht verspricht; die beiden Pflichten stehen also in einem Austauschverhältnis, wie es der Begriff des gegenseitigen Vertrages verlangt. Demnach steht der Arbeitervereinigung gegenüber einer erheblichen[4]) Tarifwidrigkeit des Unternehmers die exceptio non adimpleti contractus des § 320 B.G.B. zu. D. h.: er kann, solange die Tarifwidrigkeit des Unternehmers dauert, auch seinerseits sich von seiner Tarifpflicht entbunden betrachten. Im Gegensatz zur resolutiven Wirkung des Rücktrittsrechts wirkt dies Weigerungsrecht[5]) nur suspensiv, wird also unrecht-

---

[1]) Hierzu vgl. z. B. die bei S i n z h e i m e r angeführte ausländische Gesetzgebung. P o t t h o f f, a. a. O. S. 143. W ö l b l i n g, A.-V. u. T.-V. S. 464.

[2]) R.G. 51, 347. 53, 11.

[3]) Nur bestritten von O e r t m a n n, Lehre vom T.-V. a. a. O., mit einer u. E. nicht einwandsfreien Begründung.

[4]) § 320 II B.G.B.: „Ist von einer Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen v e r h ä l t n i s m ä ß i g e r G e r i n g f ü g i g k e i t des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde."

[5]) In der Praxis kann die Frage, welcher Schritt im Einzelfall gewollt ist, recht schwierig zu beantworten sein.

mäßig, sobald der Unternehmer die Tarifmäßigkeit wieder herstellt. Dies Weigerungsrecht hat mit dem Rücktrittsrecht die am Ende des vorigen Absatzes erwähnte Gefahr gemein.

Dieser Abschnitt unserer Untersuchung ergibt, daß der Tarifvertrag nach geltendem Recht nicht etwa, wie Lotmar behauptet, ohne Unabdingbarkeit völlig wertlos ist, vielmehr daß dem Verletzten gegen einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag zwar eine Reihe von Ansprüchen zusteht, daß aber deren Durchsetzung auf eine Reihe von rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten stößt.

Dieser Umweg zur Verhinderung tarifwidrigen Verhaltens, daß man dem Verletzten eine Anzahl von Ansprüchen gibt, ist ein sich notwendig aus dem geltenden Recht ergebender technischer Mangel in der Realisierung des Tarifzwecks. Wie dieser durch den Gesetzgeber zu beseitigen sein wird durch Verdrängung des Prinzips der Schadensverfolgung durch das Prinzip der Schadensverhütung in der Tarifpolitik, bildet den Gegenstand der folgenden Erörterung.

B. De lege ferenda.

§ 12.

Ueberblick über das ausländische Recht.

Zunächst wird uns ein kurzer Ueberblick über die wichtigste ausländische Gesetzgebung vor Augen führen, wie sich in anderen Staaten der Gesetzgeber teils in Gesetzen, teils in Entwürfen zu der Frage der Abdingbarkeit gestellt hat.[1] [2])

Ein vollständiges Tarifgesetz, das dem deutschen Gesetzgeber zum Vorbild dienen könnte, existiert noch nicht, vielmehr sind auch die anderen Staaten über kleine Anfänge noch nicht hinausgekommen. Demnach müssen die Tarifverträge heute in den meisten Staaten unter allgemeinen Privatrechtsnormen leben, unter die sie sich größtenteils nur mit gewissem Zwang subsumieren lassen.

Die Niederlande haben ein besonderes Gesetz über den Arbeitsvertrag vom 1. II. 09, das ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen ist. Der Gesetzgeber hat zunächst in § 1637 n eine Definition des Tarifvertrags gegeben:

„Tarifvertrag heißt eine Verabredung zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder einem oder mehreren rechtsfähigen Arbeitgebervereinen mit einem oder mehreren rechtsfähigen Arbeitervereinen über Arbeitsbedingungen, die beim Abschluß von Arbeitsverträgen zu beachten sind."

Bezeichnender Weise gelten hier also auf Arbeitnehmerseite als Vertragsparteien nur rechtsfähige Verbände; Tarifverträge mit einzelnen Abeitern oder ein sog. unbegrenzter Normenvertrag gelten nicht als Tarifvertrag im Sinne des Gesetzes. Die Grundregel lautet:

„Jede Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeiter, die einem Tarifvertrag widerspricht, von dem Beide gebunden sind, wird auf Antrag eines jeden, der bei Abschluß des Tarifvertrags Partei war, mit Ausnahme des Arbeitgebers selbst für nichtig erklärt."

Die automatische Rechtswirkung ist also abgelehnt worden, sodaß es jedesmal einer ausdrücklichen Anfechtungsklage bedarf. Als einen schweren Mangel der niederländischen Gesetzgebung müssen wir die im Gesetz normierte Voraussetzung der Anfechtungsklage bezeichnen, daß nämlich beide Parteien des tarifwidrigen Arbeitsvertrags dem Tarifvertrag unterstehen müssen. Sobald also der Unternehmer einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag mit einem tariffremden Arbeiter abschließt, versagt die Anfechtungsklage gerade in diesem wichtigsten Fall der Schleuderkonkurrenz.

Ferner ist doch mit der Nichtigkeitserklärung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags noch nicht der eigentliche Tarifzweck erreicht, der sich nicht nur mit der Verhinderung von Tarifwidrigkeiten begnügt, sondern positiv den Tarifnormen zur Geltung verhelfen will.

Dieser Punkt ist erkannt worden von dem Schweizer Gesetzgeber, sodaß es in a. 323 des Obligationenrechts des Schweizer Zivilgesetzbuchs von 1911 [1]) heißt:

„Dienstverträge, die von auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten (2) Arbeit-

[1]) Vgl. Potthoff a. a. O. S. 149 ff., Wölbling, A.-V. u. T.-V. 457 ff., Zimmermann Art. „Tarifvertrag" im Handwörterbuch der Staatswissenschafteu, 3. Aufl., Bd. 7.

[2]) Um nicht zu ausführlich zu werden, sollen nur die unmittelbar mit dem Thema zusammenhängenden Bestimmungen angeführt werden.

[1]) Hierüber vgl. einen lehrreichen Aufsatz von Lotmar in G. G. XVII S. 145 ff.

gebern und Arbeitern abgeschlossen werden, sind, soweit sie den darin aufgestellten Bestimmungen widersprechen, nichtig. Die nichtigen Bestimmungen werden durch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrags ersetzt."

Aber auch in dieser Form befriedigt uns die Nichtigkeitserklärung keineswegs, da diese Einrichtung von sog. Tarifspekulanten mißbraucht werden könnte, wie Wölbling[1]) an einigen Beispielen erläutert.

Das Genfer Gesetz von 1900[2]) erklärt im a. 1 den Brauch (usage) als Grundlage des einzelnen Arbeitsvertrags; als Brauch soll angesehen werden ein Tarifvertrag, der einer Anzahl im Gesetz aufgezählter Bedingungen entspricht, wie z. B. bestimmte Form des Tarifvertrags, staatliche Genehmigung des Verbandes usw. Das Genfer Gesetz, das sich nach dem Urteil berufener Persönlichkeiten als verfehlt erwiesen hat, glauben wir nicht empfehlen zu können, da nach ihm jeder Arbeitsvertrag die, prinzipiell schrankenlose, öffentlichrechtliche Geltung eines Tarifvertrags außer Kraft setzen kann.

In Frankreich ist die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags für die an seinem Abschluß Beteiligten anerkannt in einem Gesetzentwurf Doumergue von 1906. Falls nur eine Partei des Arbeitsvertrags am Tarifvertrag beteiligt ist, so gilt der Tarifinhalt im Zweifel nicht; gegen den Tarifbeteiligten kann aber wegen Verletzung seiner Tarifpflichten vorgegangen werden.

Der Gang der gegenwärtigen französischen Tarifvertragsgesetzgebung ist ersichtlich aus dem Rapport über den Stand der parlamentarischen Arbeiten, den das „Bulletin du Ministère du Travail" für Januar 1914 veröffentlicht hat. Danach ist am 8. August 1913 der Gesetzesentwurf, der am 11. Juli 1910 vom damaligen Arbeitsminister Viviani der Deputiertenkammer vorgelegt und von dieser genehmigt wurde, dem Senat unterbreitet und von diesem an den Ausschuß für Kodifikation der Arbeitergesetze überwiesen.

Der Gesetzesentwurf, der im ersten Buch des neuen Code du Travail als Unterabschnitt des Teil II („Ueber die Arbeitsbedingungen") erscheinen soll, sagt über die Frage der Abdingbarkeit:

„Die Bestimmungen des Tarifvertrags dürfen während der Dauer seiner Geltung durch abweichende Vereinbarungen der vertragsschließenden Arbeitgeber und Arbeiter nicht verletzt werden. Ein Vertragsteil, der auch Dritten gegenüber gebunden ist, und mit ihnen tarifwidrige Vereinbarungen eingeht, kann zivilrechtlich wegen Nichterfüllung des Vertrags zur Verantwortung gezogen werden."

[1]) a. a. O. S. 402.

[2]) Aber wer das nun ist, darüber schweigt das Gesetz. Mit Abänderungen veröffentlicht 26. III. 04, vgl. R. A. Bl. II Nr. 7 S. 62 ff.; Kritik des Gesetzes bei Hüglin a. a. O. S. 108 ff.

In Italien wurde ebenfalls die grundsätzliche Unabdingbarkeit anerkannt in einem Gesetzentwurf des Oberen Arbeitsrats Juni 1907. Falls nur eine Partei des Arbeitsvertrags am Tarifvertrag beteiligt ist, so gilt die Präsumtion, daß die Bedingungen des Arbeitsvertrags dem Tarifvertrag entsprechen, andernfalls haftet der Tarifbrecher seinen Berufskollegen und dem Tarifgegner. Der Arbeiter wird aber von der Ersatzpflicht frei, wenn er nachweist, daß er sich erfolglos um Arbeitsgelegenheit zu tarifmäßigen Bedingungen beworben hat.

In Belgien hat der Oberste Arbeitsrat 1911 einen Gesetzesvorentwurf veröffentlicht, der, im übrigen mit den zitierten niederländischen Bestimmungen konform, sich dadurch vor ihm auszeichnet, daß er den Tarifvertrag auch auf alle Arbeitsverhältnisse mit tariffremden Personen anwenden will, mit der Zulässigkeit jederzeitiger Kündigung im Falle einer Tarifwidrigkeit.

Die australische Gesetzgebung[1]) hat das Tarifproblem durch ein Bundesgesetz von 1904, nämlich die commonwealth conciliation and arbitration act, einer öffentlich-rechtlichen Regelung unterworfen, die einen weitgehenden Zwangscharakter trägt. Hier ist zur Verhütung und Schlichtung gewerblicher Streitigkeiten ein oberster Schiedsgerichtshof eingesetzt, vor dessen Forum besonders eine Einigung der Parteien erstrebt wird. Der Spruch dieses Schiedsgerichts hat den Charakter eines Urteils und kann vom Gericht zu beliebiger Zeit zur „gemeinsamen Regel" für eine ganze Industrie im Bereich des Bundes erklärt werden. Diese besonders auf australische Verhältnisse zugeschnittene Regelung kann unserem deutschen Gesetzgeber nicht als Vorbild dienen, da die Entwicklung unserer Industrie, die im Gegensatz zu Australien mit einer starken Auslandskonkurrenz zu rechnen hat, durch ein derartig scharfes Eingreifen des Staates gehemmt werden könnte.

Bemerkt sei hier, daß in Großbritannien, dem ältesten Tarifvertragsland, die Organisationen die Durchführung der Tarifverträge nur durch ihre sozialen Machtmittel erzwingen können, während dort bis auf den heutigen Tag eine gesetzliche Regelung dieser Materie fehlt, und das bestehende Gewerkvereinsrecht auch keine dahingehenden Vorschläge hat aufkommen lassen.

Diese kurze Skizzierung der Hauptgrundzüge der ausländischen Gesetzesentwürfe ergibt, daß von den fraglichen Vorschlägen ausschließlich die Unabdingbarkeit geeignet ist, überhaupt bei einer Besprechung dieser Frage de lege ferenda von uns diskutiert zu werden.

[1]) Hierüber vgl. die eingehenden Ausführungen bei Köpper a. a. O. S. 193 ff.

§ 13.

Grundsätze für eine gesetzliche Regelung.

Es haben sich also sämtliche in Betracht kommenden ausländischen Staaten bemüht, einer möglichst umfassenden Wirkung der Tarifnormen zur Geltung zu verhelfen, die sich unmittelbarer durchsetzt, als es bei uns kraft der obligatorischen Funktion möglich ist.

Der Grund, weswegen sich in Deutschland bisher die staatliche Gesetzgebung einer Regelung des Tarifwesens enthalten hat, bestand darin, daß sich erst praktische Erfahrungen ansammeln sollten, und viele Begriffe noch nicht genügend geläutert waren. Es mehren sich jetzt aber in Literatur und Praxis die Stimmen[1]), die von einer vorsichtigen Gesetzgebung eine Förderung der Tarifbewegung erwarten, besonders was den Ausbau ihrer Rechtsgrundlagen betrifft.

Wie kann der Gesetzgeber das Streben des Tarifvertrags nach Allgemeingeltung durchsetzen?

Es ist daran gedacht worden, zu diesem Zweck das schärfste Mittel anzuwenden, nämlich jeden tarifwidrigen Arbeitsvertragsschluß unter Strafandrohung zu verbieten.[2]) Dieser Weg ist u. E. nicht zu befürworten, da einmal die schon bestehenden Strafbestimmungen ausreichen würden, und ferner überhaupt der tarifwidrige Arbeitsvertrag kein Delikt darstellt.

Die Ansicht, daß man beiden Parteien das Recht jederzeitiger fristloser Kündigung des tarifwidrigen Arbeitsvertrags geben solle, wird allein von Wölbling[3]) vertreten, die von dem obligatorischen Grundzug unserer Rechtsordnung auch de lege ferenda nicht abweichen will. Gegen diesen Gesichtspunkt müssen wir denselben Vorwurf erheben, wie gegen Prenners Ansicht von der Nichtigkeit tarifwidriger Verträge, nämlich daß diese Auffassung, im Widerspruch zu dem anerkannten Zweck des Tarifvertrags, eine möglichst weitgehende Beständigkeit in die Arbeitsverhältnisse zu bringen, eine schwere Gefährdung für letztere bedeuten könnte. Ferner wird mit diesem Vorschlag der fristlosen Kündigung nicht das erreicht,

---

[1]) In der Literatur z. B. Potthoff a. a. O. S. 145. Schall a. a. O. S. 200. Sigel a. a. O. S. 19. Sinzheimer II, S. 294. Wölbling D. J. Z. XVI. 855. Zeitler a. a. O. S. 131. Auch in der Praxis empfindet man den gegenwärtigen Rechtszustand als unbefriedigend, so auch sämtliche Verbände- und Gewerberichter in ihren Antworten auf die Umfrage des Arbeitsrechtsausschusses der Ges. für soz. Reform. (Heft 42/43 der Schriften dieser Ges.). Teilweise bezeichnen die erwähnten Gutachter das gegenwärtige Tarifrecht noch als praktisch erträglich, teilweise als praktisch geradezu unerträglich. Das Kaiserl. Stat. Amt (Beitr. Nr. 3 S. 142) erklärt ebenfalls eine zivilrechtliche Regelung für wünschenswert. — Hingegen lehnte der Deutsche Gewerkschaftskongreß zu München, Juni 1914, entsprechend der bisherigen Haltung der Hauptgruppen der Arbeitergewerkschaften, den Ruf nach gesetzgeberischer Regelung der T.-V. ab, da er, erfüllt von Mißtrauen gegen Staat und Gesetzgebung, von einer solchen Regelung nur eine Schwächung des Einflusses der Gewerkschaften auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse erwartete. Es heißt in der Resolution u. a.: „Die Gewerkschaften fordern nicht schon jetzt eine gesetzliche Regelung der T.-V., weil der Boden hierfür noch lange nicht als geebnet betrachtet werden kann. Die Gewerkschaften fordern vielmehr, um der gedeihlichen Entwicklung der T.-V. zu dienen, völlige Freiheit für ihre auf Anerkennung der Gleichberechtigung der Arbeiter gerichtete Bewegung."

[2]) Eine solche Einführung von Strafbestimmungen wurde für nicht wünschenswert erklärt von dem paritätischen Industrierat (Industrial Council), der von der englischen Regierung zur Zeit des großen Bergarbeiterstreiks mit der Beantwortung einiger wichtiger Tariffragen beauftragt worden war.

[3]) A.-V. u. T.-V. S. 468; ferner Archiv a. a. O. S. 490 ff. u. 873.

was wir gerade von einer gesetzgeberischen Behandlung der Abdingbarkeit verlangen, daß nämlich an Stelle des tarifwidrigen Vertrags der Tarifinhalt trete.

Dieser Grundgedanke des Tarifvertrags ist unleugbar und kann ohne Zweifel auf die technisch einfachste Weise[1]) durch die Unabdingbarkeit in die Tat umgesetzt werden.[2]) Denn diese macht auf sichere Weise die Schleuderkonkurrenz der Arbeitgeber und die gegenseitige Unterbietung der Arbeiter unmöglich. Der Tarifvertrag verlangt seinem ganzen wirtschaftlichen Zweck nach ausnahmslose Geltung; daß das geltende Recht diesem Streben nicht nachkommen kann, ist ein betrübendes Ergebnis, welches der Gesetzgeber unbedingt beseitigen muß.[3]) [4])

Der schärfste Vorwurf, der der Unabdingbarkeit gemacht wird, ist der, daß sie die Vertragsfreiheit beschränke. Daß sie dies tatsächlich tut und zwar in erheblichem Maße, können wir nicht bestreiten. Aber ist denn etwa die Vertragsfreiheit bei der obligatorischen Funktion nicht beschränkt? Und ferner liegt ja eine beim Abschluß des Tarifvertrags in freier Uebereinkunft übernommene Beschränkung der Vertragsfreiheit vor, also ist die Freiheit der Entscheidung nur zeitlich verschoben.

Und schließlich, wenn überhaupt irgendwo eine Beschränkung der Vertragsfreiheit am Platze ist, so ist es hier der Fall, wo durch sie eine Herabdrückung der Arbeiter unter die Arbeitsbedingungen, zu denen man ihnen anständiger Weise Arbeit zumuten kann, ausgeschlossen werden soll.[5]) Durch Unterbindung der Schleuderkonkurrenz trägt die Unabdingbarkeit auf sichere Weise zur Gesundung des wirtschaftlichen Lebens bei und rechtfertigt dadurch ihren Eingriff in die Vertragsfreiheit. Man muß außerdem beachten, daß der Bindung der Arbeitgeber auf der einen Seite auch andererseits das vorteilhafte Moment gegenübersteht, daß bei günstigerer Konjunktur die Unternehmer von ihren Arbeitern nicht zur Zahlung entsprechend höherer Löhne gezwungen werden können.[6])

---

[1]) „Wir müssen uns die Umständlichkeit in Rechtsdingen abgewöhnen. Auch für das Recht sollte es das Gesetz von der Erhaltung der Energie geben. Mehr technischen Geist! Mehr Straffheit in der Erreichung praktischer Ziele", Sinzheimer, Referat 1913, S. 135.

[2]) Wimpfheimer untersucht in der L.Z. I S. 567 ff. das Problem des Tarifwesens in allen seinen Punkten unter dem Gesichtspunkt des Vereinsrechts, ohne damit Anklang gefunden zu haben.

[3]) Die vom geltenden Recht zugelassene Abdingbarkeit wird von der ganz überwiegenden Zahl der Begutachter als unvereinbar mit Treu und Glauben und mit dem ganzen Zweck des Tarifvertrags erklärt (dagegen G.G. Hamburg), und die Mehrzahl der Gutachter (z. B. auch G.G. Bremen) wünscht, daß der Gesetzgeber die Frage der Abdingbarkeit durch zwingende Rechtsbestimmungen lösen soll.

[4]) Die gesetzgeberische Festlegung der Unabdingbarkeit wird auch von den meisten Schriftstellern gewünscht mit entsprechenden Abstufungen in ihren Forderungen, auf die im einzelnen einzugehen, wir uns versagen müssen.

[5]) Potthoff (Soziale Rechte u. Pflichten, S. 36) sagt: „Es gibt nichts Dümmeres, als die Heiligkeit der Vertragsfreiheit gegen soziales Zwangsrecht anzurufen. Kein vernünftiger Gesetzgeber wird die Möglichkeit von Abmachungen zwischen Staatsbürgern anders beschränken, als soweit es im Interesse der Gesamtheit notwendig ist." Ferner sehr beachtenswerte Ausführungen in seinen Problemen des Arbeitsrechts, S. 78 ff.: „Wenn es (das Eingreifen des Staats mit Zwangsvorschriften in den Arbeitsvertrag) auch formell die Vertragsfreiheit beschränkt, so erfolgt es doch gerade im Interesse der Freiheit; denn es beschränkt nur die Freiheit des Einzelnen, seine Freiheit zu verkaufen. Sozialpolitik ist ein Zwang zur Freiheit! ... Der einzelne darf nicht seine Arbeitskraft zu einem Lohn hergeben, der ihm nicht gesunde Ernährung und Wohnung ermöglicht."

[6]) Karl Schwarz, ein Großunternehmer und Führer der Konfektionsindustrie,

Der Gesetzgeber hat seinen Blick auf die salus publica zu richten. Tut er dies, so muß ihm auch der Hinblick auf die hohe soziale Aufgabe des Tarifvertrags für die Volkswirtschaft im ganzen und für die Erhebung der Arbeiter aus ihrer Unterwerfung zur Gleichberechtigung im Arbeitsverhältnis den Mut geben, dort, wo das praktische Leben dringend danach verlangt, dem Prinzip der uneingeschränkten Vertragsfreiheit des einzelnen Individuums Abbruch zu tun, einem Prinzip, das in unserem kapitalistischen Zeitalter im Arbeitsverhältnis so wie so schon nicht ohne Grenzen ist. Es sei nur an die Einengung der Vertragsfreiheit durch die Arbeiterschutzgesetzgebung erinnert,[1]) an die Fälle § 115, § 117 II Gew.O. usw.

Gegen die Einführung der Unabdingbarkeit hat Kohler folgenden Satz ausgesprochen: „Man kann nicht kraft der Verfügungsfähigkeit sich die Verfügungsfähigkeit nehmen."[2]) Aber die modernen wirtschaftlichen Verhältnisse gehen über diesen früher allgemein festgehaltenen Grundsatz hinweg (man denke nur an die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit durch die Konkurrenzklausel), da dies Kohlersche Prinzip mit der „modernen sozialrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Begriffswelt" (Kobatsch) unvereinbar ist.

Wir sind uns dessen bewußt, daß es eine bedeutende Umwälzung unserer Vertragsbegriffe ist, die wir mit der Unabdingbarkeit verlangen: Was A und B vereinbaren, soll zum Inhalt eines Vertrags werden, den C und D miteinander eingehen. Ein Vertrag ohne Konsens! Aber diese der offiziell-juristischen Auffassungsweise bisher fremde Konstruktion muß vorgenommen werden, da ein unabwendbarer Entwicklungsprozeß dies verlangt. Das moderne Verkehrsleben ist nicht dazu da, der Rechtsordnung Gelegenheit zu geben, ihre Prinzipien in ausnahmsloser harmonischer Durchbildung zur Anwendung zu bringen; vielmehr ist die Rechtsordnung um des Verkehrs willens da.

Der Einwand gegen die Unabdingbarkeit, daß sie eine unerträgliche Nivellierung in die Arbeitsverhältnisse hineintragen würde, ist schon oben widerlegt; danach sind die Tarifnormen nur als Minimalsätze zwingend, während nichts im Wege steht, sie nach oben hin je nach dem Ausbildungsgrade der Arbeitnehmer zu differenzieren.[3])

Eine uneingeschränkte Unabdingbarkeit, wie sie Lotmar fordert, würde unter Umständen in den Arbeitsverhältnissen schwerfällig wirken können, da sie nicht Rücksicht nehmen kann auf die, wirtschaftlich vielleicht zwingenden, Umstände, die die Parteien eines tarifwidrigen Arbeits-

---

legt auf diesen Ausgleich der ungünstigen Konjunktur durch eine günstige großen Wert und glaubt, daß sich die Vorteile und Nachteile hier so ziemlich ausgleichen. (Vgl. seine Schrift: Nützen oder schaden Tarifgemeinschaften dem Gewerbe? 1900. München.)

[1]) Z. B. macht es die Vorschrift der Sonntagsruhe grundsätzlich unmöglich, trotz des Einverständnisses beider Kontrahenten einen der Gew.-O. unterstehenden Arbeitsvertrag auf den Sonntag auszudehnen.

[2]) Lehrbuch I, § 50 I. 4.

[3]) So auch v. Zwiedineck-Südenhorst, Sozialpolitik, Leipzig 1911, S. 231. — Völlig hinfällig sind demnach die Bedenken des Geschäftsberichts des Arbeitgeberverbandes für den Bezirk der nordwestdeutschen Gruppe deutscher Eisen- und Stahlindustrieller für 1905: „Generelle Mindestlöhne sind eine Prämie auf Unfähigkeit und Unfleiß. Die — nur vom kommunistischen Standpunkt ideale — Gleichmacherei muß demoralisierend wirken, indem sie dem tüchtigen und gewissenhaften Arbeiter die Möglichkeit nimmt, seinen Verdienst seinen Leistungen entsprechend zu gestalten." — Vgl. ferner Morgenstern, Tarif und Lohn im Deutschen Buchdruckgewerbe 1905, S. 56, Tabelle XII; sowie Kuczynski, Arbeitslohn und Arbeitszeit in Europa und Amerika 1870—1909, S. 394.

vertrags vielleicht zu ihrem Vorgehen bestimmt haben.[1]) Aus diesem Grunde müssen wir die uneingeschränkte Unabdingbarkeit auch de lege ferenda ablehnen und Abänderungen an ihr vornehmen, um so dem Einwand der Gegner der Unabdingbarkeit gerecht zu werden.

Für Deutschlands Unternehmer mit ihrer zum Teil großen Auslandskonkurrenz[2]) wäre die Unabdingbarkeit eine gefährliche Bindung, insofern als sie auf wesentliche Konjunkturverschiebungen, z. B. auf den Ausfall einer Ernte, auf die Einführung neuerfundener Maschinen[3]) usw. keine Rücksicht nimmt. Die Unabdingbarkeit würde besonders bei plötzlichem Umsturz in der wirtschaftlichen Lage einen allzu häufigen Anlaß zu Tarifbrüchen geben, da sie die unentbehrliche Anpassungsfähigkeit des Unternehmers an die Konjunktur lähmen würde. Dieser Gefahr hätte der Gesetzgeber auf folgende Weise Rechnung zu tragen:[4])

Für die Anpassung des Tarifvertrages an die Marktlage sind schon häufig von den Parteien Schlichtungskommissionen, Tarifausschüsse[5]) usw.[6]) vorgesehen, in denen erforderlichenfalls dem Tarifinhalt die gewünschte Elastizität gegeben wird. Haben nun die Parteien ein solches paritätisches Tarifinstitut nicht vorgesehen, so hat in diesem Fall das Gesetz ein solches, etwa das Gewerbegericht, festzusetzen, und seine Aufgabe wird es dann sein, auf Antrag einer Partei eine Untersuchung darüber einzuleiten, ob in diesem Ausnahmefall eine Abweichung von der allgemeinen Regel der Unabdingbarkeit gerechtfertigt ist. Auf eine Abweichung von dieser Regel im konkreten Fall darf die paritätische Stelle nur dann erkennen, wenn es einerseits im Interesse sämtlicher Beteiligten ist, und auch andererseits das allgemeine Tarifinteresse nicht beeinträchtigt wird. Hierunter fallen auch z. B. die oben erwähnten Fälle aus der Praxis, in denen der Arbeitgeber ausnahmsweise unter die Tarifsätze hinabgeht, um solche Arbeiter, die infolge Krankheit, Alter und Invalidität minder leistungsfähig sind, anstellen zu können. Mit der Annahme dieses Kompromißvor-

[1]) Hierzu Prof. Doormann, M. d. R., zur Frage der T.-V., Vossische Zeitung Nr. 149, 31. III. 1910.

[2]) Gegenüber dem Einwand, daß die Festsetzung der Unabdingbarkeit überhaupt schon an und für sich unsere einheimische Industrie, die in ihren Lohnkonten mit Bruchteilen von Pfennigen zu rechnen habe, konkurrenzunfähig mache, vergleiche Sombarts allgemeine Ausführungen in „Gewerbliche Arbeiterfrage" 1912, S. 82 ff. Den Nachweis des leistungssteigernden Einflusses höherer Löhne erbringt Philippovich, Grundriß der politischen Oekonomie, 6. Aufl. Bd. 1 S. 131 ff., und vor allem Brentano in seiner trefflichen Schrift: „Ueber das Verhältnis von Arbeitslohn und Arbeitszeit zur Arbeitsleistung".

[3]) Vgl. Bernhard, Die moderne Technik und die Zukunft der Tarifgemeinschaft, Soz. Prax. XIII, S. 1018.

[4]) Z. B. vorgeschlagen von Sinzheimer Referat 1913 S. 27, ebenso Köppe auf dem 29. Juristentag.

[5]) Ueber die paritätischen Einigungsämter der englischen Gewerkschaften, der Trade Unions, vgl. Sombart „Dennoch. Aus Theorie und Geschichte der gewerkschaftlichen Arbeiterbewegung." S. 22 ff.

[6]) Wie leicht sich S. T. Cree, a. a. O., S. 34, den Nachweis der völligen Wertlosigkeit des Tarifvertrags gemacht hat, beweist z. B. seine Ansicht über die Bedeutung des Schiedsspruchs: „Die meisten Geschäftsleute finden, daß, wenn sie sich nicht über den Inhalt eines geschlossenen Vertrags einigen können, die Anrufung des Gerichts sowohl billiger als befriedigender ist. Bei der Festsetzung der Löhne aber greift man zum Schiedsspruche nur zu dem Zwecke, um den Streitenden die Pille möglichst zu versüßen." (!) Der wahre Grund, nämlich die größeren, aus der unmittelbaren Fühlung mit der Praxis erwachsenen, Fachkenntnisse der Mitglieder dieser letzteren Instanzen gegenüber den Mitgliedern der ordentlichen Gerichte wird einfach übersehen.

schlages wird auf geschickte Weise der Einwand hinfällig gemacht, die Unabdingbarkeit bedeute für den Unternehmer eine von der Rechtsordnung nicht erwünschte Einengung in seiner Verfügungsfreiheit.[1])

Wie nun, wenn der Arbeitnehmer mit der Zahlung eines untertariflichen Lohnes einverstanden gewesen ist? Soll er später kommen dürfen und unter Berufung auf die Unabdingbarkeit den tariflichen Lohn einklagen? Wie sich nicht bestreiten läßt, bringt hier die Unabdingbarkeit eine Gefahr mit sich. Während das geltende Recht, basierend auf dem Grundsatz der Abdingbarkeit, gegen ein solches Verhalten, in dem es einen Verzicht auf die Tarifrechte erblickt, die exceptio doli gibt[2]), darf das künftige Recht vom Standpunkt der Unabdingbarkeit aus keinen solchen Verzicht annehmen, denn „der einzelne kann nicht auf seine Tarifrechte verzichten — selbst wenn er will und es tut."[3]) Und würde das künftige Recht den zweiten Weg einschlagen und zulassen, daß der Arbeitnehmer, vielleicht auf längere Zeit zurück, den Tariflohn einklagen dürfte, so würde das unter Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen.

Ueber diese Schwierigkeit hilft ein bemerkenswerter Vorschlag von Gessler hinweg: Hat der Arbeiter sich zu untertariflichen Lohnsätzen anstellen lassen, so ist infolge der Unabdingbarkeit eo ipso der Tarifinhalt für ihn maßgebend; aber um zu verhüten, daß der Arbeiter später in einer Treu und Glauben verletzenden, überraschenden Weise die Differenz zwischen gezahltem und tariflichem Lohn einfordert, soll diese Differenz, wenn der Arbeiter sie nicht binnen einer kurzen Frist einklagt, trotz der Unabdingbarkeit verwirkt sein.

Aber, könnte man einwenden, verstößt es nicht überhaupt gegen Treu und Glauben, daß der mit seinem Einverständnis zu untertariflichem Lohnsatz angestellte Arbeiter hinterdrein den Tariflohn einklagen darf? Diesen Einwand widerlegt Sinzheimer[4]) in überzeugenden Ausführungen als grundfalsch: „Es liegt gerade im Wesen des zwingenden Rechts, daß es den einzelnen gegen[5]) und ohne seinen Willen schützt, weil das Interesse, das es schützt, mit allgemeinen Interessen, die nicht preisgegeben werden sollen, umwoben ist, und daß der einzelne nicht verfügen darf über Ansprüche, die auch im sozialen Interesse bestehen" . . . . „Und wenn man darin etwas Unsittliches sieht, daß das Recht es zuläßt, daß der Einzelne, auch wenn er zuvor anders wollte, gegen seinen früheren Willen das ihm nach dem zwingenden Recht Zukommende fordert, so setzt man sich

[1]) Mamroth, a. a. O., S. 100 ff., äußert gegen diesen Vorschlag das Bedenken, daß es ihm als ein gewagtes Experiment erscheine, einer Behörde so gewaltige Befugnisse in die Hand zu geben. Denn ob nun diese Tarifstellen nur aus Beamten oder auch teilweise aus Männern der Praxis bestünden, in beiden Fällen wäre die Gefahr sehr groß, daß irrtümliche Entscheidungen getroffen werden. Insofern ist M. Recht zu geben, als bei Beamten wohl in der Regel die erforderlichen speziellen Branchenkenntnisse fehlen würden, aber die Hinzuziehung von Praktikern, wie wir sie in unserem Vorschlage vorgesehen haben, bietet u. E. doch einigermaßen Gewähr für eine befriedigende Lösung der Frage, zumal der Anlaß zur Inanspruchnahme ihrer Tätigkeit vorwiegend rein wirtschaftlicher Natur ist.

[2]) Vgl. die oben S. 21. 22. angeführten Urteile.

[3]) Sinzheimer, Referat 1913, S. 30.

[4]) Referat 1913, S. 29.

[5]) Demnach müssen wir Waldmüllers Gutachten widersprechen, wenn er im Anschluß an den Satz „volenti non fit injuria" den tarifwidrigen Arbeitsvertrag zwischen seinen Kontrahenten gültig lassen will, so daß die Tariftreuen von den Tarifbrechern ihren Schaden, eventuell die Konventionalstrafe oder eine Buße verlangen können.

in Gegensatz mit schon längst formulierten und durchgedrungenen Rechtsanschauungen." Man denke z. B. an folgenden Fall: Der Arbeiter gibt entgegen der zwingenden Vorschrift des § 394 BGB. seine Einwilligung zur Aufrechnung von Gegenforderungen gegen den unpfändbaren Lohn. Hinterher klagt er seinen Lohn ein. Ebenso wie das Recht hier seinen früheren Willen ignoriert, genau so wird die Rechtsordnung das Einverständnis des Arbeiters mit untertariflicher Entlöhnung einfach übersehen müssen.

Der Unternehmer muß sich sagen, daß er tarifwidrige Arbeitsverträge überhaupt nicht abschließen k a n n, daß er also täglich gewärtigen muß, daß der untertariflich entlohnte Arbeiter sich auf die Tarifsätze beruft und nachfordert. Tut der Arbeiter das, so macht er nur seine ihm automatisch zugefallenen Tarifrechte geltend, und es greift derjenige Rechtsgedanke Platz, den die Römer mit den Worten ausdrückten: qui suo iure utitur, neminem laedit. Die frühere Willenserklärung des Arbeiters, nach der er mit untertariflicher Entlöhnung einverstanden war, ist völlig irrelevant, denn der Arbeiter kann eine solche Willenserklärung mit Rechtsgültigkeit überhaupt nicht abgeben. Also ist es auch, wenn erst die Unabdingbarkeit gesetzlich festgelegt ist, völlig abwegig, in der Forderung eines solchen Arbeiters auf Tariflohn einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken; denn die Geltendmachung derjenigen Rechte, die das Gesetz gibt, kann niemals an und für sich gegen Treu und Glauben verstoßen.

Die Verwirkung des Anspruchs nach kurzer Frist rechtfertigt sich dadurch, daß es unbillig wäre, dem Unternehmer womöglich noch nach langer Zeit die Erfüllung einer größeren Zahl solcher Forderungen zuzumuten. Durch diesen Vermittlungsvorschlag wird dem Interesse beider Arbeitsparteien Rechnung getragen.

Man hört ferner den Einwand: die Unabdingbarkeit läßt sich praktisch überhaupt nicht durchführen, weil in einem Tarifbetrieb manchmal für einen Beruf mehrere Tarifverträge durch verschiedene Organisationen abgeschlossen sind. Wenn nun der Unternehmer einen tarifwidrigen Arbeitsvertrag mit einem Nichtorganisierten abschließt, welcher Tarifinhalt soll dann gegenüber diesem Nichtorganisierten gelten? Dieser Einwand kann überhaupt nichts gegen die Unabdingbarkeit an sich sagen, sondern weist nur auf die Notwendigkeit hin, durch eine gesetzgeberische Bestimmung für den Fall einer solchen Tarifkonkurrenz Vorsorge zu treffen. Sinzheimer[1]) schlägt die Bestimmung vor, daß für Verbandsmitglieder nur die Bestimmungen ihres Verbandstarifs, für nichtorganisierte Arbeiter aber die Bestimmungen des zuerst abgeschlossenen Tarifvertrags gelten.

In unseren obigen Ausführungen mußten wir als Folge der Unabdingbarkeit eine, der individualistischen Auffassungsweise des geltenden Rechts unerwünschte, Abhängigkeit der Arbeiter von ihren Gewerkschaften voraussagen. Der Gesetzgeber wird im künftigen Recht diese Bindung der Arbeiter an das Verhalten ihrer Gewerkschaften bewußt in Kauf nehmen müssen und zwar nicht als etwas Unerwünschtes, sondern, um dem „sozialen Willen des Tarifvertrags zur Durchsetzung zu verhelfen, welcher dem Willen der einzelnen, die Arbeitsverträge schließen, den Weg weisen will" (Sinzheimer).

Ein empfindlicher Mißstand im geltenden Recht ist die schon erwähnte

---

[1]) Referat 1913, S. 53.

derogierende Kraft der Arbeitsordnung gegenüber dem Tarifvertrag. Es könnten also die größeren Arbeitgeber, in deren Betrieb nach § 134a Gew.O. eine Arbeitsordnung obligatorisch ist, kraft ihrer Arbeitsordnung sogar trotz Widerspruchs ihrer Arbeiter den Tarifvertrag aufheben. Hingegen die kleineren Arbeitgeber wären an den Tarifvertrag selbst dann gebunden, wenn sie die Tarifwidrigkeit im Einverständnis mit ihren Arbeitern vornehmen würden. Das ist ein allgemein[1]) als unerträglich erkannter Zustand, der eine gesetzgeberische Bestimmung rechtfertigt, durch die der Vorrang des Tarifvertrags vor der Arbeitsordnung statuiert würde.

Vor allem ist auch de lege ferenda das Prinzip der sog. Tariffreiheit hochzuhalten, d. h. der Gedanke, daß dem Tarifvertrag nur diejenigen Personen unterliegen, die einer Tarifpartei angehören oder später dem Tarifvertrag ausdrücklich beigetreten sind.[2]) Schließen andere Personen im Geltungsgebiet eines Tarifvertrags einen Arbeitsvertrag, so gilt für diese der Tarifinhalt nur dann, wenn dieser als ortsüblich bezeichnet werden kann. Wann dies möglich ist, darüber hat das richterliche Ermessen zu befinden. Hierbei ist eine gesetzliche Vermutung dahin festzulegen, daß die Parteien eines Arbeitsvertrags seinen Inhalt tariflich geregelt wissen wollen, eine Vermutung, die nur durch den Nachweis von ausdrücklichen, in erheblichen Punkten vom Tarifvertrag abweichenden Abreden wird entkräftet werden können.

Nach der Unabdingbarkeit kommen Arbeitsverträge nur mit dem Inhalt des Tarifvertrags zustande; aber wer bürgt dafür, daß sie nicht doch schließlich tatsächlich tarifwidrig erfüllt werden? Für diesen Fall der Umgehungsmöglichkeit der Unabdingbarkeit schlägt Sinzheimer vor, daß außer den Ansprüchen der Arbeitsvertragskontrahenten noch von Tarifwegen durch das Gewerbegericht gegen diesen Tarifungehorsam eingeschritten werden soll.[3])

Ehe sich der Gesetzgeber überhaupt an die gesetzliche Regelung des Tarifwesens machen darf, hat er vor allem zwei wichtige Voraussetzungen zu erfüllen, die hier nur angedeutet werden können:

Um die Durchführbarkeit der Tarifansprüche auch im Verhältnis zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern rechtlich zu gestalten, hat der Gesetzgeber den § 152, II[4]) und womöglich auch den § 153 Gew.O.[5]) aufzuheben, eine alte Forderung des deutschen Reichstags. Ob dies Verlangen, das überhaupt eine der schwierigsten politischen Fragen berührt, so bald erfüllt werden wird, ist angesichts mancher koalitionsfeindlicher Stimmen und vor allem auch noch vor der Reform unseres Strafrechts kaum zu erwarten. Im übrigen ist es nicht mehr als ein Gebot reiner Gerechtigkeit, den Arbeitern als Gegengewicht gegen das Kartellierungsrecht der Unternehmer, an Stelle der jetzt in Wirklichkeit nur bestehenden Straflosigkeit der Koalitionen ein eigentliches Koalitions r e c h t zu geben.

---

[1]) Z. B. auch O e r t m a n n, Lehre vom T.-V., S. 25, erblickt hierin mit Recht ein politisch höchst anstößiges Ergebnis.

[2]) Diese Forderung wurde auch aufgestellt vom 29. Deutschen Juristentag.

[3]) Vgl. hierzu oben S. 32 Anm. 5.

[4]) Dasselbe fordern u. a. auch Lotmar, T.-V., S. 117 ff., der damalige Staatssekretär des Innern v. B e t h m a n n - H o l l w e g am 5. Februar 1909 im Reichstag, v. S c h u l z und Z i m m e r m a n n in ihren Gutachten an den 20. Deutschen Juristentag (1908) und S i n z h e i m e r in seinem Bericht an den Kölner Verbandstag Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (1910), vgl. G.G. XVI Nr. 2, S. 120 ff.

[5]) So auch z. B. W ö l b l i n g, Archiv, a. a. O. S. 498.

welches Professor Baumgarten als die „magna charta des modernen Arbeitsverhältnisses" bezeichnet hat.

Häufig ist auch der Wunsch zu hören, den Kollektivparteien zur Durchführung der Haftungsansprüche die Rechtsfähigkeit zu verleihen, was — ohne ein Spezialgesetz — durch einen Zusatz zu § 21 BGB. und Streichung des Wortes „sozialpolitisch" in § 61, II BGB. durchgesetzt werden könnte. Wegen der unübersehbaren Folgen, die die Erteilung der vollen Rechtsfähigkeit für die Beziehungen der Kollektivparteien in außertariflichen Angelegenheiten mit sich bringen würde, dürfte sich mehr die Verleihung der Tariffähigkeit empfehlen, die den Tarifparteien die Stellung rechtsfähiger Vereine geben würde, soweit es sich um Tarifangelegenheiten handelt.[1])

Hiermit sind wohl die wichtigsten Punkte aufgezählt, die der Gesetzgeber, ohne in pedantische Kasuistik zu verfallen, bei der Regelung der Abdingbarkeit berücksichtigen dürfte. Nicht darauf kommt es im wesentlichen an, ob der Gesetzgeber sich vielleicht später noch auf die eine oder andere weitere Ausnahme von der Unabdingbarkeit festlegen wird, sondern, was das Entscheidende ist:

Der Siegeszug der Tarifverträge durch Deutschlands Industrien darf nicht durch bürokratische Zwangsmaßregeln gehemmt werden, mit denen man vielleicht politische Nebenabsichten verknüpfen möchte, vielmehr hat die Rechtsordnung, abgesehen von der Aufstellung der Unabdingbarkeit, dem Tarifvertrag nur die Schwierigkeiten, die ihm nach unseren Ausführungen das geltende Recht entgegenstellt, aus dem Wege zu räumen und auch künftig seine eigentliche Weiterentwicklung zunächst der Tarifvertragstechnik der Interessenten und der richterlichen Auslegung zu überlassen.

§ 14.

Gesetzgeberische Vorschläge.[2])

(In kurzer Zusammenfassung wiederholt.)

I. Grundsätzlich beeinflußt ein Tarifvertrag die von den Beteiligten innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs abgeschlossenen Arbeitsverträge in der Weise, daß alle Arbeitsverträge kraft zwingenden Rechts die Tarifnormen enthalten, selbst wenn die Kontrahenten des Arbeitsvertrags abweichende Vereinbarungen getroffen haben.

II. Ausnahmsweise für besondere Fälle, vor allem bei plötzlichem Konjunkturumschwung oder unerwarteten notwendigen Betriebsveränderungen usw., sollen auch tarifwidrige Sondervereinbarungen gestattet sein, wenn sie, ohne das allgemeine Tarifinteresse zu beeinträchtigen, durch das Interesse der Beteiligten gerechtfertigt sind. In diesem Falle bedarf es der Genehmigung einer paritätischen Tarifbehörde.

III. Bei Einverständnis des Arbeiters mit der Zahlung untertariflicher Löhne geht er trotz der Unabdingbarkeit seines Anspruchs auf die Differenz zwischen gezahltem und tariflichem Lohn verlustig, wenn er ihn nicht

[1]) Ebenda S. 503.

[2]) Unter Anlehnung an die Leitsätze von Sinzheimer zu seinem Referat auf der 6. Hauptversammlung der Ges. für soz. Reform, Nov. 1913; außerdem Gesetzesvorschläge von Köppe in Conrads Jahrbuch Bd. 85, Schulz, G.G. XI, S. 90 ff. Rosenthal, Festschrift für Laband 1908, S. 137—195. Wölbling Soz. Prax. XVIII, 166 ff.

binnen einer vom Gesetzgeber näher festzulegenden kurzen Frist seit der letzten Lohnzahlung geltend gemacht hat.

IV. Haben Außenseiter innerhalb des Geltungsgebiets des Tarifvertrags einen Arbeitsvertrag geschlossen, so entscheidet über die Ortsüblichkeit des Tarifinhalts richterliches Ermessen. In diesem Falle spricht eine gesetzliche Vermutung dafür, daß die Parteien des Arbeitsvertrags seinen Inhalt tariflich geregelt wissen wollen; diese Vermutung kann nur entkräftet werden durch den Nachweis ausdrücklicher, vom Tarifvertrag erheblich abweichender Sondervereinbarungen.

V. Der tarifwidrige Inhalt der Arbeitsordnung wird kraft Gesetzes durch die betreffenden Tarifnormen ersetzt, so daß § 134c, I Gew.O. dahin abzuändern wäre: „Der Inhalt der Arbeitsordnung ist, soweit er den Gesetzen oder einem Tarifvertrag nicht zuwiderläuft, für die Arbeitgeber und Arbeiter rechtsverbindlich."

VI. Werden in einem Tarifbetrieb, in dem mehrere Verbände nebeneinander Tarifverträge vereinbart haben, tarifwidrige Arbeitsverträge abgeschlossen, so treten an deren Stelle kraft zwingenden Rechts für Verbandsmitglieder die Bestimmungen ihres Verbandstarifs, für Nichtorganisierte die Bestimmungen des zuerst abgeschlossenen Tarifvertrags.

VII. Im Falle der tarifwidrigen Erfüllung eines tarifgemäß abgeschlossenen Arbeitsvertrages haben einerseits die Parteien des Arbeitsvertrags ihre Rechtsverletzungsansprüche, andererseits hat das Gewerbegericht mit Ordnungsstrafen und Verwaltungszwang gegen diesen Tarifungehorsam vorzugehen.[1])

1) Hierüber vgl. des Näheren Sinzheimer, Referat 1913, S. 54, sowie seinen Aufsatz in D.J.Z. 19. Jahrg. S. 607.

Literatur.

Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie usw. 1904.
Baum, Handbuch für Gewerbegerichte, 1904.
— Die rechtliche Natur des Tarifvertrags, Gruchots Beiträge, Bd. 49, S. 261 ff.
Brogsitter, Der Tarifvertrag, unter bes. Berücksichtigung der Entwicklung in England. 1906.
Burchardt, Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter. 1901.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1, 9.—11. Aufl. 1913; I, 2, 6.—8. Aufl. 1912.
Hüglin, Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. München. 1906.
Imle, Gewerbliche Friedensdokumente. 1905.
Koehne, Die Arbeitsordnung im Deutschen Gewerberecht. 1901.
Köppe, Der Arbeitstarifvertrag als Gesetzgebungsproblem. Jena. 1908.
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung. 6. Aufl. 1912.
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.
Leo, Der Tarifvertrag als internationales Rechtsproblem. Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft u. Volkswirtschaftslehre. II, 433 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. I, 1902 (zit. A.V.).
— Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Brauns Archiv XV, S. 1 ff. (zit. T.-V.).
Mamroth, Gewerblicher Konstitutionalismus. Die Tarifverträge in ihrer volkswirtschaftlichen und sozialen Bedeutung. Jena. 1911.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl.
— Zur Lehre vom Tarifvertrag. Zeitschrift f. Sozialwissenschaft. X. Bd., 1. Heft, S. 1 ff. (zit. Lehre vom T.-V.).
Poetzsch, Ist es möglich, den Tarifvertrag als privatrechtliches Institut zu erklären? 1907.
Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts. Jena. 1912.
Prenner, Zur volkswirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tarifverträge. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 72, S. 178 ff., S. 222.
Rosner, Der Kollektivvertrag. Wien. 1903.
Rundstein, Tarifrechtliche Streitfragen. 1907.
— „Beiträge zur Dogmatik des Tarifvertragsrechts", Archiv für bürgerl. Recht, 36, S. 204.
— Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft. 1906. (zit. R.Wiss.).
Schall, Das Privatrecht des Tarifvertrags. Jena. 1907.
Schalhorn, Von den Verpflichtungen aus Tarifverträgen und den Anlässen zu Tarifbrüchen. Soz. Prax. XV, S. 584 ff.
Schmelzer, Tarifgemeinschaften. Leipzig. 1906.
v. Schulz, Gutachten zum 29. Deutschen Juristentag.
Schwarz, Nützen oder schaden Tarifgemeinschaften dem Gewerbe? München. 1900.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 1903.
Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Bd. I, 1907; Bd. II, 1908.
— Brauchen wir ein Arbeitstarifgesetz? 1913. (zit. Tarifgesetz 1913.)
— Vorbericht zu dem Referat über die Tarifverträge, Verbandstag deutscher Gewerbegerichte in Würzburg, 1905, G.G. X, 375 ff.
— Referat auf der 6. Hauptversammlung der Ges. f. soz. Reform, November 1913 in Düsseldorf. (zit. Referat 1913.) Jena. 1914.
— „Zur Frage eines Arbeitstarifgesetzes". Aufsatz in D.J.Z. 1914. Nr. 9.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B., 7. u. 8. Aufl.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Zivilrecht.
Weigelt, Zur rechtlichen Bedeutung des Tarifvertrags.
Wimpfheimer, Zur Lehre vom Tarifvertrag, Leipziger Zeitschr. I, S. 567 ff.

Wölbling, Akkordvertrag und Tarifvertrag. 1908. (zit. A.-V. u. T.-V.)
— Die Rechtswirkung der Tarifverträge. D.J.Z. 1911, S. 852.
— Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik XXIX. S. 481 ff. (zit. Archiv.)
v. Zanten, Der Tarifvertrag auf dem niederländischen Juristentag. Soz. Prax. XV. S. 4.
Zeitler, Die rechtliche Natur des Tarifvertrags. 1908.
Zimmermann, Der Arbeitstarifvertrag und die Wissenschaft. Soz. Prax. XVII, 730; 761; 818; 845.
— Das Recht der Tarifverträge. Soz. Prax. XV, S. 1266 ff.
— Gutachten zum 29. Deutschen Juristentag.
— Art. „Tarifvertrag" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. VII. S. 1094 ff.
Zimmermann-Sinzheimer, Arbeitstarifverträge. Gießen. 1908.

„Arbeitsrecht", Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Hsg. Potthoff und Sinzheimer.
Beiträge zur Arbeiterstatistik Nr. 3, 4, 5: Der Tarifvertrag im Deutschen Reich, I, II, III. Bearb. im Kaiserl. Statist. Amt, Abt. für Arbeiterstatistik. (Zit. Beitr. Stat. Amt).
„Einigungsamt" (zit. E.A.). Monatsschrift zur Pflege des gewerblichen Einigungswesens und der Tarifverträge. Hsg. v. Schulz. Prenner. Rath.
„Gewerbegericht", Monatsschrift d. Verb. deutscher Gewerbegerichte (zit. G.G.).
„Das Gewerbegericht Berlin", Hsg. v. Schulz und Schalhorn 1903.
Reichsarbeitsblatt, hsg. vom Kaiserl. Statist. Amt. (zit. R.A.Bl.).
Soziale Praxis, Zentralblatt f. Sozialpolitik (zit. Soz. Prax.).
Schriften der Gesellschaft für soziale Reform: Heft 42/43, Rechtsfragen des Tarifvertrags, auf Grund einer Umfrage des Arbeitsrechtsausschusses der Ges. für soz. Ref., bearb. von Zimmermann, Jena, 1913. (zit. Umfrage). Heft 44, Brauchen wir ein Arbeitstarifgesetz? Sinzheimer, Iena, 1913. (zit. Tarifgesetz 1913). Heft 45/46, Bericht über die Verhandlungen der Ges. f. soz. Ref., 6.Hauptversammlung zu Düsseldorf, Nov. 1913, bei Fischer, Jena 1914.
Eine Anzahl Tarifverträge im Original.